This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 174 603

Digitized by Google

VE RI TAS

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Frame

Digitized by Google

Digitized by Google

# TRAITÉ

DU

# CONTRAT DE MARIAGE

I

Digitized by Google

# OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

Etude sur l'action Paulienne. 1869, 1 vol. in-8.

De l'origine de la clameur de Haro. 1872, 1 broch. in-8.

De la vente de la chose d'autrui. 1875, 1 broch. in-8.

Etude sur la condition des lépreux au moyen-âge, notamment d'après la coutume de Normandie. 1875, 1 vol. in-8.

Recherches sur les Colliberts. 1878, 1 vol. in-8. (Ouvrage récompensé par l'Institut, Académie des Inscriptions et Belles-Lettres).

Traité du contrat de Louage (Livre III, Titre VIII, du Code civil). *Deuxième édition*, 1887, 2 vol. in-8.

Imprimerie CAVANIOL. — Chaumont (Haute-Marne).

Digitized by Google

# TRAITÉ

DU

# CONTRAT DE MARIAGE

## LIVRE III, TITRE V, DU CODE CIVIL

PAR

L. GUILLOUARD

Professeur de Code Civil à la Faculté de droit de Caen,
Bâtonnier de l'Ordre des Avocats à la Cour d'Appel.

TOME PREMIER

(Articles 1387 à 1406.)

DEUXIÈME ÉDITION

PARIS

A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS

Libraires de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats

G. PEDONE-LAURIEL, Successeur

13, RUE SOUFFLOT, 13

1888

*Droits de traduction et de reproduction réservés.*

FRINC

913

Digitized by Google

GV1

For Tx

G

Digitized by Google

A

# MONSIEUR DEMOLOMBE

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

---

CHER ET ÉMINENT MAÎTRE,

Vous avez bien voulu accepter la dédicace de mon traité du *Louage*, permettez-moi de vous dédier aussi ce traité.

Sans vos conseils, je n'aurais pas eu la pensée d'aborder l'étude du Contrat de Mariage, matière si belle, mais si difficile, et pour laquelle le monde des jurisconsultes attendait impatiemment l'œuvre du maître, et non celle du disciple.

Je dois vous faire hommage de ce travail, que vous avez inspiré, et qui vous appartient encore à un autre titre, car il n'est que le reflet de votre enseignement.

Recevez-en donc la dédicace, cher et éminent Maître, avec l'expression nouvelle de ma reconnaissance et de ma respectueuse affection.

GUILLOUARD.

Caen, le 20 février 1885.

605289

Digitized by Google

Digitized by Google

# DU CONTRAT DE MARIAGE

**Livre III, titre V, du Code civil.**

## INTRODUCTION

**1.** — Le contrat de mariage peut être défini : le règlement des intérêts pécuniaires des époux.

L'importance de cette convention résulte du but même qu'elle se propose : le mariage va fonder une famille nouvelle, le contrat de mariage en sera la législation, au point de vue des intérêts pécuniaires. C'est le contrat de mariage qui va indiquer dans quelle mesure les patrimoines des nouveaux époux vont être confondus ou séparés ; c'est lui qui va déterminer les droits du mari sur la fortune de la famille dont il sera le chef ; c'est lui qui va organiser la capacité ou l'incapacité de la femme mariée relativement à ses biens personnels.

A la différence des contrats ordinaires, qui n'obligent que les parties, et qui ne nuisent ni ne profitent aux tiers, le contrat de mariage intéresse tous ceux qui seront appelés à traiter avec les époux, ou avec l'un d'eux : créanciers chirographaires ou hypothécaires, acquéreurs soit du mari, soit de la femme, tous seront liés par les conventions matrimoniales des époux avec lesquels ils traitent.

Digitized by Google

Nous pouvons donc dire, sans exagération, que le contrat de mariage est le plus important des contrats pécuniaires, eu égard à la multiplicité des intérêts qu'il met en jeu :

« Entre toutes les conventions des hommes, disait Bro-
« deau, il n'y en a point qui aient plus de poids, de solidité
« et de stabilité, ni plus d'autorité, et qui lient plus forte-
« ment la société civile que les contrats de mariage, aux-
« quels, comme au centre, aboutissent tous les actes parti-
« culiers qui se passent entre conjoints. »[1]

Il est le plus important aussi, si on envisage l'influence qu'il est appelé à exercer dans la société : la prospérité de la famille se lie intimement au régime pécuniaire sous lequel elle devra se développer, et là plus qu'en toute autre matière les mœurs influeront sur les lois. Aussi voyons-nous, dans l'histoire du droit, les conventions pécuniaires relatives au mariage se modifier avec les idées religieuses, politiques ou sociales de l'époque, ou du lieu.

**2.** — Deux idées principales ont, suivant les temps ou les pays, déterminé les règles de la loi matrimoniale des époux : tantôt les patrimoines des deux époux sont séparés, et, si leurs destinées sont confondues, si, suivant les belles paroles de la loi romaine, il existe entre eux une union que la mort seule pourra rompre, *consortium omnis vitæ*,[2] cette union ne s'étend pas à leurs fortunes ; parfois même, comme sous le régime dotal, pour mieux assurer la séparation du patrimoine de la femme d'avec celui du mari, la loi proclamera inaliénable la fortune de la femme.

Tantôt, au contraire, les deux patrimoines n'en formeront qu'un, et on verra se réaliser ce tableau présenté par Columelle,[3] d'une famille dans laquelle rien n'est séparé, dans laquelle ni le mari ni la femme ne peuvent dire : ceci est à moi, car tout appartient à tous les deux.

[1] Sur Louet, *Lettre* M, n° 4.
[2] l. 1, ff., *De ritu nupt.* (XXIII, II).
[3] *De re rusticâ*, XII, pr.

Digitized by Google

3. — « Un sujet d'une si vaste étendue, disait Lebrun en « parlant du contrat de mariage, mérite une extrême ap- « plication. »[1] Cette idée est aussi vraie aujourd'hui qu'elle l'était au temps de Lebrun.

Nous croyons même qu'il est difficile d'aborder l'étude de ce sujet, sous l'empire de nos lois civiles françaises, sans en esquisser au moins les grandes lignes dans le passé, et sans indiquer les caractères généraux des législations étrangères en cette matière.

Sans doute, l'étude du droit civil, tel qu'il est organisé chez nous par le code, est bien assez vaste par elle-même : mais il y a des matières, et nous croyons que le contrat de mariage est du nombre, où il est impossible de bien connaître le présent sans avoir jeté un regard sur le passé.

Quant aux lois étrangères, leur étude, au moins sommaire, nous paraît nécessaire pour le motif suivant : notre époque est tourmentée de la volonté d'innover, dans le domaine de la législation civile comme en beaucoup d'autres. Cet état n'est pas spécial à la France : l'Angleterre elle-même, jadis si profondément imbue de la nécessité de respecter les anciennes lois de la « vieille Angleterre », modifie les bases de sa législation. La Belgique préparait, il y a quelques mois, une refonte de sa législation civile. Qui sait ce que l'avenir nous réserve à nous-mêmes ? Sans doute, il y a des contrats comme le louage, la vente, etc., qui ne peuvent pas être gravement modifiés : mais aucune innovation profonde dans la législation civile ne pourrait être réalisée sans atteindre le contrat de mariage.

Or toute personne qui écrit un traité de droit, si petite que soit son autorité, doit essayer d'éclairer ses lecteurs sur la valeur de la législation qu'elle commente, en vue de ces innovations qui sont souvent d'autant plus dangereuses qu'elles ont été moins étudiées ; et, après l'enseignement

[1] *Traité de la communauté envers mari et femme*, PRÉFACE, page 7, édit. de 1754.

Digitized by Google

du passé, il n'y en a pas de meilleur que celui qui résulte des faits, et du parallèle de la loi de son pays avec celle des autres nations, plus ou moins prospères, qui l'entourent.

**4.** — Nous diviserons donc cette introduction en quatre parties :

*I. — Du contrat de mariage avant le code civil.*

*II. — De la discussion du titre du contrat de mariage, lors de la rédaction du code.*

*III. — Du contrat de mariage dans les législations étrangères.*

*IV. — Du contrat de mariage au point de vue économique.*

Digitized by Google

## SECTION I.

### *Du contrat de mariage avant le code civil.*

**5.** — Nous nous proposons d'examiner l'histoire des conventions pécuniaires entre époux dans trois des anciennes législations :

§ *I.* — *Le Droit Romain ;*
§ *II.* — *L'ancien Droit Germanique ;*[1]
§ *III.* — *L'ancien Droit Français.*

### § I.

### *Droit romain.*

**6.** — En droit romain, dans la première période de l'histoire de cette législation, il n'y a dans le ménage qu'un seul patrimoine, celui du mari : la fortune de la femme viendra s'absorber dans celle du mari, sous la puissance duquel l'épouse sera placée comme le serait un véritable enfant, *loco filiæ.*[2]

[1] Nous donnons à l'expression « *Ancien Droit Germanique* » le sens que lui donne M. Viollet, dans son excellent *Précis de l'Histoire du Droit Français*, p. 78, et nous comprenons sous cette dénomination le droit de l'époque barbare et le droit de l'époque carolingienne.

[2] Gaius, I, III, 114, 115 *bis*, 118, 106 ; II, 139 ; Ulpién, XXII, 14.

Digitized by Google

C'est l'époque du mariage avec *manus* : « Dans ce ma-
« riage, dit M. Laboulaye, la femme était sacrifiée à cette
« unité politique de la famille qui se résumait tout entière
« dans la seule personne du chef ; l'épouse n'était guère
« plus qu'un esclave. » [1]

Dans cette période, lorsque la femme se marie avec *conventio in manum*, tout ce qu'elle possède au moment du mariage, tout ce qu'elle acquiert par la suite devient la propriété de son mari, comme les acquisitions faites par le *filius* ou la *filia familias* appartiennent au père.

« La propriété ne pouvant pas se partager, dit M. Fustel
« de Coulanges, ni la femme ni le fils n'en avaient la moin-
« dre part. Le régime dotal et même la communauté de
« biens étaient alors inconnus. La dot de la femme appar-
« tenait sans réserve au mari, qui exerçait sur les biens do-
« taux non seulement les droits d'un administrateur, mais
« ceux d'un propriétaire. Tout ce que la femme pouvait
« acquérir durant son mariage tombait dans les mains du
« mari. Elle ne reprenait même pas sa dot en devenant
« veuve. » [2]

**7.** — Il est vrai que si le mari meurt le premier, la femme, investie des droits de la fille de famille comme elle en a les obligations, prendra une part d'enfant dans sa succession : mais faut-il conclure de là que le régime de la *conventio in manum* se rapproche de la communauté universelle, dont il serait comme la première origine ?

C'est la conclusion à laquelle arrive M. Gide, dans sa belle étude *sur la Condition privée de la femme* : [3] mais cette

[1] *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, Liv. IV, Chap. VII.

[2] *La Cité Antique*, Liv. II, Chap. VIII.

[3] *Edition Esmein*, p. 120-121. — En écrivant le nom de M. Gide, je veux offrir à la mémoire de ce savant, aussi bon et aimable que distingué, l'hommage de ma respectueuse reconnaissance et de mes regrets.

Je me rappelle son accueil bienveillant, lorsque j'arrivai à Paris

Digitized by Google

conclusion nous paraît inadmissible. Le mot de communauté éveille l'idée d'un patrimoine commun aux deux époux, sur lequel le mari a des droits plus ou moins étendus comme chef, et qui, à la dissolution de la vie commune, appartiendra également aux deux époux.

Dans le mariage *in manu*, rien de pareil : il n'y a pas de patrimoine commun, il n'y a que la fortune du mari dans laquelle vient s'absorber la fortune de la femme ; et, à la dissolution du mariage, la femme n'aura aucun droit spécial à titre de femme commune en biens : elle n'aura que les droits héréditaires d'un enfant.

Il y a, il est vrai, un passage de Columelle qui paraît favoriser cette assimilation des effets de la *manus* avec le régime de la communauté de biens entre époux :

« *Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut* « *maritus aut femina proprium esse juris sui diceret ; sed in* « *commune conspirabatur ab utroque, ut cum forensibus* « *negotiis, matrimonialis sedulitas industriæ rationem pa-* « *rem faceret.* »[1]

Mais ce tableau nous paraît plus littéraire qu'exact, et il est impossible de dire que sous le régime de la *manus* tout est commun entre les époux, alors qu'en réalité tout appartient au mari ; et, s'il fallait chercher une analogie plus ou moins lointaine, nous serions plutôt tenté d'assimiler le droit de la femme mariée *in manu* à une sorte de douaire qu'à la communauté.

La femme peut se marier sans *conventio in manum*, mais alors il ne peut être question de conventions pécuniaires

pour prendre part au concours d'agrégation de 1870 ; l'intérêt affectueux avec lequel il suivit mes épreuves, pendant toute la durée du concours ; et, depuis lors, ses appréciations trop bienveillantes et ses encouragements pour mes travaux.

Sous une froideur apparente, sa nature délicate renfermait d'exquises qualités de sincère bienveillance et de bonté vraie, et il m'est doux de pouvoir y rendre hommage.

[1] *De re rusticâ*, XII, pr.

Digitized by Google

entre elle et son mari, car elle n'apporte rien dans le mariage : si elle était sous la puissance paternelle au moment de son mariage, cette puissance subsistera avec toute son énergie ; et, si elle était sous la tutelle de ses agnats, cette tutelle continuera pendant le mariage, et la femme ne pourra même disposer d'aucune portion de son patrimoine ni au profit de son mari, ni au profit de ses enfants.

**8.** — Au régime de la *manus* succéda celui de la dot ; la dot, c'est le bien apporté par la femme ou donné par un tiers, parent ou non de la femme, pour aider au mari à subvenir aux charges du ménage ; le mari devra la restituer à la dissolution du mariage.

Il est vrai que déjà, au temps du mariage avec *manus*, on voit qualifier de dot les biens apportés par la femme au mari :

« *Quum mulier viro in manum convenit, omnia, quæ mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine.* »[1]

« *Omnia in dotem... dari posse, argumento esse in ma-* « *num conventionem.* »[2]

Mais l'opinion générale est que le mari n'était point obligé de restituer les biens qu'il avait reçus par l'effet de la *conventio in manum :* « Nul, dit avec raison M. Accarias, ne « peut être débiteur d'une personne qu'il a sous sa puis- « sance. »[3] Tout au plus, si les biens avaient été constitués en dot à la femme par un tiers, celui-ci aurait-il pu imposer au mari l'obligation de les restituer, soit par une stipulation, soit par un contrat de fiducie.

La dot, dans le sens véritable du mot, c'est-à-dire le bien que le mari ne recevra qu'avec l'obligation de le restituer à la dissolution du mariage, n'apparaîtra donc qu'au moment où le mariage *in manu* sera tombé en désuétude : l'action

[1] Cicéron, *Topica*, 4.

[2] *Fragmenta Vaticana*, 115.

[3] *Précis de droit Romain*, n° 311. — *Contrà*, Gide, *du Caractère de la dot en droit Romain*, p. 514-515 (Edition Esmein).

Digitized by Google

en restitution de la dot, *rei uxoriæ*, devra son origine à la fréquence des divorces qui vinrent, au VIe siècle, troubler si profondément la société romaine :

« *Memoriâ traditum est*, dit Aulu-Gelle, *quingentis feret* « *annis post Romam conditam nullas rei uxoriæ neque ac-* « *tiones, neque cautiones, in Urbe Româ, aut in Latio fuisse,* « *quia profecto nihil desiderabantur, nullis etiam tunc ma-* « *trimoniis devertentibus.* »[1]

« A cette époque, dit M. Gide,[2] le luxe et la mollesse pé- « nétraient dans Rome avec les riches dépouilles de Car- « thage. La censure devenait impuissante, les divorces se « multipliaient, le mariage n'était parfois qu'un honteux « trafic ; le mari gardait la dot et répudiait la femme. Pour « remédier à de tels abus, il fallait porter atteinte à l'auto- « rité sacrée du chef de famille, et imposer au mari qui « répudierait sa femme l'obligation de rendre la dot. Ce « n'étaient pas seulement l'équité et l'humanité qui exi- « geaient impérieusement cette réforme, c'était encore l'in- « térêt de l'État. — Il importe à la République, disaient les « jurisconsultes romains,[3] que les femmes aient des dots, « et qu'elles les conservent, car c'est pour leur dot qu'on « les épouse. — C'est sous l'influence de cette maxime, in- « connue évidemment aux Romains des premiers siècles, « que s'introduisit dans la jurisprudence l'obligation de « restituer la dot. Cette obligation était utile pour faire obs- « tacle aux divorces et consolider les mariages : à défaut « de lien moral, c'était un lien d'intérêt qui unissait les « deux époux ; et si ce frein était impuissant, du moins la « femme répudiée trouvait-elle dans la dot qui lui était « rendue les moyens de contracter une nouvelle union. »

Telle est l'origine du régime dotal, qui devait être jusqu'à

[1] *Noctes atticæ*, IV, 3.

[2] *Du caractère de la dot en droit Romain*, p. 511 (Edit. Esmein).

[3] L. 2, ff., *De jure dotium* (XXIII, 3) ; l. 1, ff. *Solut. matrimon.* (XXIV, 3) ; l. 18, ff., *De reb. auct. jud. poss.* (XLII, V).

Digitized by Google

la fin de l'empire, le régime matrimonial des Romains, puis allait de là s'établir dans plusieurs provinces de la Gaule et dans l'Espagne.

9. — Le premier caractère du régime dotal, c'est l'obligation pour le mari de restituer la dot qui lui a été apportée à la dissolution du mariage.

Mais le motif pour lequel cette obligation a été créée va en faire limiter l'étendue : la dot est-elle apportée par la femme ou par un tiers, parent ou non, mais autre que son père ? Cette dot, qu'on appelle adventice, ne devra être restituée que si le mariage se dissout par la mort du mari ou par le divorce : s'il se dissout par la mort de la femme, le mari conservera la dot.

La restitution de la dot, dans cette période de l'histoire romaine, n'a en effet qu'un but, permettre à la femme de se remarier :

« *Nam et publice interest dotes mulieribus conservari, cum* « *dotatas esse fœminas ab sobolem procreandam replendam-* « *que liberis civitatem maxime sit necessarium.* »[1]

Toutefois, si la dot a été constituée par le père, et que la fille meure avant lui et avant son mari, le mari survivant devra restituer cette dot, nommée profectice, au père de famille.[2] Le motif de cette restitution est le même qui fera créer le retour légal de l'ascendant donateur : on estime que le père de famille a bien consenti à se dépouiller pour enrichir sa fille, mais non le mari de sa fille, et qu'il serait contraire à la volonté du disposant de laisser la dot aux mains de celui-ci.

Justinien va aller plus loin, et ordonner la restitution de la dot à la dissolution du mariage dans tous les cas, et n'importe par qui elle ait été constituée :[3] pour cela, il sup-

[1] L. 1, ff., *Solut. matrim.* (XXIV, III).

[2] Ulpien, *Regul.*, VI, §§ 4, 5 et 7; l. 6, ff., *De jure dot.* (XXIII, III).

[3] L. unic., C., *princ.*, *De rei uxor. act.* (V, XIII).

Digitized by Google

pose ajoutée à la constitution de dot une stipulation de restitution, que les parties ont toujours été maîtresses d'y ajouter, mais que Justinien va présumer. Désormais, le mari devra dans tous les cas restituer la dot à la dissolution du mariage, à moins d'une clause formelle qui l'autorise à la conserver.

**10.** — Le second caractère du régime dotal, qui découle du premier, c'est l'inaliénabilité de la dot : pour que la femme puisse contracter un nouveau mariage à la dissolution du premier, il ne suffit pas qu'elle ait une action personnelle en restitution contre le mari, il faut qu'elle puisse retrouver sa dot dans le patrimoine des tiers au profit desquels le mari l'aurait aliénée.

Mais, comme l'inaliénabilité dotale n'a d'autre but que de permettre à la femme un nouveau mariage, la loi Julia, tout en proclamant le principe de l'inaliénabilité, permettra au mari d'aliéner la dot avec le consentement de la femme :

« *Dotale prædium maritus, invitâ muliere, per legem Ju-*
« *liam prohibetur alienare.* »[1]

Quant à l'hypothèque du fonds dotal, la loi Julia, d'après les Institutes, des lois postérieures, d'après une opinion accréditée,[2] la défendirent au mari, même avec le consentement de la femme : le motif de cette prohibition, c'était que la femme consentirait trop facilement à donner sur ses immeubles une hypothèque dont elle ne verrait pas les conséquences, plus lointaines et mieux déguisées que celles de l'aliénation directe.

Ajoutons que l'immeuble dotal seul, le *fundus dotalis*, était inaliénable :[3] quant aux meubles dotaux, le mari, maître de la dot, a toujours eu en droit romain le pouvoir de les aliéner.[4]

[1] Instit., *Quib. alien. licet vel non*, princ. (II, VIII).
[2] Accarias, *Précis de droit romain*, I, n° 314.
[3] Paul, *Sentent.*, I, 21 *b*, § 2.
[4] L. 21, ff., *De manumiss.* (XL, I). — Demangeat, *De la condition du fonds dotal*, p. 12-23.



Digitized by Google

**11.** — Justinien apporta à la théorie de l'inaliénabilité dotale de graves modifications.

Il l'étendit d'abord aux fonds provinciaux, tandis que la loi Julia ne l'avait créée que pour les fonds italiques.

Puis il défendit au mari d'aliéner le fonds dotal, même avec le consentement de la femme.[1]

C'est là une innovation d'une portée considérable : elle est due à l'esprit nouveau qui animait la société romaine à son déclin, et qui, suivant l'heureuse expression de M. Gide, « allait faire sortir, du sein d'une société épuisée et mourante, une législation si pleine de vitalité et d'avenir ; cet « esprit qui régénérait en même temps les arts, la littérature, la civilisation tout entière, l'esprit de celui qui était « mort pour donner la vie au monde.....

« L'inaliénabilité de la dot a, sous Justinien, un tout autre fondement que sous Auguste ; elle n'est plus un privilège pour la femme ; imposée à la femme comme au « mari, elle est devenue un privilège pour les enfants. La « dot, sous les empereurs chrétiens, n'est plus seulement « la propriété des deux époux ; c'est le patrimoine commun « du mariage, c'est une sorte de réserve que la loi assure « aux enfants, et qu'ils retrouveront intacte malgré les dissipations et la ruine de leur famille. »[2]

**12.** — Le troisième caractère essentiel du régime dotal, c'est l'absence complète de communauté de biens entre les époux : pendant la durée du mariage, le mari jouira de la dot, en percevra les fruits pour subvenir aux charges du ménage, et, s'il fait des économies, elles n'appartiendront qu'à lui ; à l'inverse, s'il contracte des dettes, lui seul est tenu de les payer. Il y a, il est vrai, un texte qui suppose une société entre époux,[3] mais ce texte isolé ne prouve

[1] INSTIT., princ., *Quibus alienare licet vel non* (II, VIII).

[2] *Étude sur la condition privée de la femme*, p. 186 et 189 (Edit. Esmein).

[3] L. 16, 3, ff., *De alimentis vel cibariis legatis* (XXXIV, I).

Digitized by Google

qu'une chose, que la société était permise par le droit romain, comme tout autre contrat à titre onéreux entre époux, mais qu'elle n'est point entrée dans les mœurs.

Si nous ajoutons que le père est obligé civilement de constituer une dot à sa fille : « *Omnino paternum esse officium dotem vel ante nuptias donationem pro suâ dare progenie* »;[1] que la dot ne peut être constituée que par une personne ayant capacité d'aliéner ou de s'obliger;[2] et qu'elle peut être constituée non seulement avant le mariage, mais pendant le mariage,[3] nous aurons indiqué les traits les plus saillants du régime dotal.

**13.** — Dans le régime dotal dont nous venons d'indiquer les caractères principaux, la dot ne doit être restituée par le mari, en principe, qu'à la dissolution du mariage; mais par exception, si le mauvais état des affaires du mari met la dot en péril, la femme pourra le contraindre à la lui restituer pendant la durée du mariage.

La loi 24, ff., *Soluto matrimonio* (XXIV, III), s'exprime dans les termes suivants :

« *Constat exinde dotis exactionem competere ex quo evidentissime apparuerit facultates ad dotis exactionem non sufficere.* »

La loi 29, C., *De jure dotium* (V, XII), consacre le même droit pour la femme :

« *Ubi, adhuc matrimonio constituto, maritus ad inopiam sit deductus, et mulier sibi prospicere velit, resque sibi suppositas pro dote et ante nuptias donatione, rebusque extra dotem constitutis tenere*, etc... »

Ce droit de restitution accordé à la femme s'explique par les mêmes motifs qui ont fait créer l'inaliénabilité dotale : du moment où l'on a admis le principe qu'il importait à la

[1] L. 7, C., *De dotis promiss.* (V, XI); l. 19, ff., *De ritu nuptiarum* (XXIII, II).

[2] Pellat, *Textes sur la dot*, p. 3 et suiv.

[3] Paul, *Sentent.*, II, 21 *b*, § 1.

Digitized by Google

prospérité de l'État que la dot fût sauvegardée, il était logique de la faire restituer à la femme lorsque le désordre des affaires du mari pouvait la compromettre.

**14.** — Sous l'empire du régime dotal, il y avait des biens qui n'étaient pas inaliénables, que la femme n'apportait pas au mari en dot, mais dont elle se réservait l'administration et la jouissance : c'étaient les biens paraphernaux, παρὰ φέρνης, *extra dotem*.

Il est généralement admis,[1] et il paraît vraisemblable qu'à l'origine la femme apportait en dot tout ce qu'elle avait ; mais à mesure que les mœurs se corrompirent, la femme voulut avoir une plus grande indépendance en se réservant une partie de sa fortune comme propre.

De là l'extension des paraphernaux, dont s'occupent plusieurs textes du Digeste et du Code :[2] à l'époque classique, tout ce que la femme ne s'était pas constitué en dot était paraphernal.[3] Ces biens étaient administrés par la femme, à moins qu'elle n'en confiât l'administration au mari, ce qui, paraît-il, arrivait assez fréquemment : mais alors le mari était tenu comme un mandataire ordinaire à raison de la gestion de ces biens.[4]

## § II

### *Ancien droit germanique.*

**15.** — Dans l'ancien droit germanique, la femme, en se mariant, entre sous la tutelle, le *mundium* de son mari ; tout ce qu'elle possède, meubles et immeubles, tombe sous la puissance de son mari :

[1] Maynz, *Cours de droit romain*, III, § 399.

[2] L. 9, § 3, ff., *De jure dotium* (XXIII, III) ; l. 8, C., *De pactis conventis* (V, XIV) ; l. 31, § 1, ff., *De donationibus* (XXXIX, V) ; l. 17, C., *De donat. int. vir. et ux.* (V, XVI).

[3] L. 9, § 3, ff., *De jure dotium* (XXIII, III).

[4] L. 11, C., *De pactis conventis* (V. XIV).

Digitized by Google

« *Quæcunque mulier Burgundia vel Romana voluntate* « *suâ ad maritum ambulaverit, jubemus ut maritus ipse* « *(de) facultate ipsius mulieris sicut in eam habeat potestatem, ità et de rebus suis habeat.* »[1]

A ce point de vue, il y a une certaine analogie entre l'ancien droit germanique et le régime romain de la *manus*. La femme n'a, pendant le mariage, aucune personnalité civile, et elle ne peut toucher aux biens qu'elle a apportés en mariage sans le consentement de son mari.

Quant au mari, il peut disposer comme bon lui semble des meubles de la femme, et même des immeubles, en ce sens que s'il les a aliénés, la femme ne pourra les revendiquer contre le tiers acquéreur :

« *Nulla prole suscitata vel superstite, alienare non debet* « *prædium uxoris maritus; si tamen alienaverit, stabit* « *alienatio.* »[2]

**16.** — Une première atténuation des pouvoirs du mari se trouve dans le droit accordé à la femme de demander contre son mari une sorte de séparation de biens, totale ou partielle :

« *Si conjugum cohabitatio in deterius ita vergerit ut vix* « *ac nevix (à marito) ea bona assequi posse videatur uxor,* « *quæ necessario sustentationi suæ insumeret, illa hoc in-* « *dicare debet episcopo... Episcopus, si hoc ei visum fuerit,* « *veniam ei impertire debet bona sua, sive concedere volue-* « *rit omnia, sive ex parte marito exigendi.* »[3]

**17.** — De plus, à la dissolution du mariage, nous allons voir apparaître au profit de la femme des droits analogues à ceux qu'elle puisera plus tard dans le régime de la communauté, et qui sont véritablement la première origine de ce régime. En effet, la femme a le droit de reprendre ses immeubles propres, ou leur valeur, s'ils ont été aliénés,

[1] *Addit. ad Leg. Burgund.*, Tit. XIII.
[2] *Andr. Sunonis Lex Scaniæ*, p. 97.
[3] *Gragàs*, traduct. de Schlegel, sect. VI, *De fœdere conjugali*, tit. XXII.

Digitized by Google

ses meubles encore existants, et une partie des biens achetés avec les économies faites pendant le mariage, parfois la moitié, habituellement le tiers.

Nous pouvons dire qu'il n'y a pas de question plus controversée, dans l'histoire du contrat de mariage, que celle de la nature du droit accordé, à la dissolution du mariage, à la femme ou à ses héritiers par les lois de l'époque germanique.

Des auteurs éminents ont soutenu que ce droit n'était qu'un douaire, un gain de survie accordé seulement à la veuve survivante, mais refusé à ses héritiers, si le mariage était dissous par la mort de la femme.[1]

Mais les textes suivants nous paraissent établir que le droit de la femme est un véritable droit de communauté, qui pourra être exercé par ses héritiers comme par elle-même.

Nous citerons d'abord la loi des Ripuaires,[2] tout en reconnaissant que cette loi, très précise quant à la part qu'elle assigne à la femme dans les acquêts « *tertiam partem de* « *omni re quam simul conlaboraverint* », peut ne s'entendre que de la femme survivante, suivant l'interprétation que l'on donne au § II.

La même observation s'applique à un document de l'époque carolingienne, un capitulaire du recueil d'Ansegise, où nous lisons le passage suivant :

« *Volumus ut uxores defunctorum post obitum maritorum* « *tertiam partem conlaborationis, quam simul in beneficio* « *conlaboraverunt, accipiant.* »[3]

Mais la formule 17 du livre II de Marculfe nous semble, comme à M. Tardif, dans son excellente étude sur *Les ori-*

[1] Voir *dans ce sens* Houard, *Dict. de la cout. de Normandie*, V° *Communauté ;* Laferrière, *Hist. du droit français*, III, p. 163 ; Laboulaye, *Condit. des femmes*, p. 371 ; Troplong, *Du contrat de mariage*, I, p. CXVI.

[2] Tit. XXXVII, § 1 et § 2.

[3] Liv. IV, chap. IX.

Digitized by Google

*gines de la communauté de biens entre époux*,[1] absolument décisive dans le sens d'un droit de communauté véritable. C'est la formule du testament conjonctif de deux époux : la femme, dans son testament, lègue à son mari, *pour le cas où il lui survivrait*, le tiers auquel elle a droit dans les acquêts ; elle ajoute qu'elle enlève à ses héritiers toute action contre son mari à propos de ces biens :

« *...Rogavi ut, si tu mihi subprestis fueris, omni corpore*
« *facultate mea, quantumcumque ex successione parentum*
« *habere videor, vel in tuo servitio pariter laboravimus. et*
« *quod in tertia mea accepi, in integrum, absque repetitione*
« *heredum meorum, quod tua decrevit voluntas, faciendi li-*
« *beram habeas potestatem. Et post discessum vestrum, quod*
« *non fuerit dispensatum, ad legitimos nostros revertatur*
« *heredes.* »[2]

Ce texte nous paraît consacrer formellement le droit des héritiers de la femme à une part dans la communauté, au tiers des acquêts ; en effet, si la femme lègue cette part à son mari pour le cas où il lui survivrait, c'est qu'il ne s'agit pas pour elle d'un simple gain de survie, subordonné au prédécès de son mari ; d'un autre côté, le soin qu'elle prend d'enlever toute action à ses héritiers prouve bien que, sans cette clause du testament, ils auraient un droit dans les acquêts.

La formule 7 du même livre II, si elle est moins précise quant à la détermination de la part d'acquêts à laquelle a droit la femme, n'est pas moins claire quant au caractère de son droit. Il s'agit d'une donation conjonctive entre le mari et la femme, et voici dans quels termes la femme dispose au profit de son mari :

« *Similiter et ego illa... si mihi in hunc sæculum subpres-*
« *tis fueris, dono tibi omni corpore facultatis meæ, ubicun-*
« *que, undecunque, tam de hereditate parentum quam de*
« *comparatum, vel quod pariter laboravimus...* ».[3]

[1] Pages 18-22.
[2] Baluze, édit. de 1780, p. 415-417.
[3] Baluze, édit. de 1780, p. 408-409.

Digitized by Google

Comme on le voit, cette donation est faite pour le cas de survie du mari, et, comme dans le testament conjonctif dont nous parlions plus haut, la femme lui donne sa part dans les acquêts, *quod pariter laboravimus.*

Enfin une dernière preuve de l'apparition de la communauté dans l'ancien droit germanique nous est fournie par les *Gragàs :* après trois ans de mariage, la loi déclare les époux communs en biens acquêts, et, à la dissolution du mariage, le mari prendra les deux tiers des acquêts, et la femme un tiers :

« ... *Bona conjugum è legum præscriptis in communio-*
« *nem deferuntur... nec non per tres pluresve hiemes rusti-*
« *catum egissent... Ita semper ex jure conjugum bonorum*
« *communio instituitur, ut maritus bessem, uxor vero trien-*
« *tem habeat.* » [1]

**18.** — Si nous voulions présenter un tableau complet des rapports pécuniaires des époux pendant le mariage, dans l'ancien droit germanique, nous devrions parler du *morgengabe*, ou dot donnée ou promise par le mari à la femme le lendemain du mariage ; de la *gerade,* ou droit spécial de reprise accordé à la femme sur les meubles, des règles particulières de la dot ou *faderfium* dans le droit lombard, du *doarium* ou douaire, etc...[2]

Mais notre pensée n'est point d'entrer dans l'examen de ces questions : ce que nous voulons chercher dans le droit germanique, c'est l'origine du régime de la communauté, qui deviendra le droit commun de la France coutumière, puis de la France moderne.

Nous croyons que c'est là en effet que se trouve cette origine, objet de tant de controverses, et nous ne sommes pas

[1] *Gragàs,* traduct. de Schlegel, sect. VI, *De fœdere conjugali,* tit. XXII.

[2] Voir Schulte, *Hist. du droit et des institutions de l'Allemagne,* traduct. Marcel Fournier, p. 496 et suiv.; Lehr, *Elém. de droit civil germanique,* p. 324 et suiv.; Ginoulhiac, *Hist. du régime dotal et de la communauté en France,* IIe partie, p. 167 et suiv.

Digitized by Google

surpris de l'y trouver, car dans la famille germaine, la femme, compagne vertueuse du guerrier dont elle partage les épreuves et les dangers, est vraiment son associée dans la lutte de la vie, et c'est bien plus pour elle que pour la femme romaine que se justifie la belle définition du mariage donnée par Modestin « *consortium omnis vitæ* ».

Quel magnifique portrait Tacite nous donne de ses vertus :

« Elles vivent préservées par leur pudeur, sans que ni la « séduction des spectacles, ni l'entraînement des festins « viennent les corrompre. Hommes et femmes ignorent « également les mystères des lettres. Il y a, dans une na- « tion pourtant si nombreuse, très peu d'adultères ; la pu- « nition en est immédiate, et permise aux maris... Là, per- « sonne ne plaisante des vices : corrompre et être corrompu « ne s'appelle pas les mœurs du siècle. Meilleures encore « sont ces cités, dans lesquelles les vierges seules se ma- « rient, et où l'espérance et le désir du mariage ne leur « sont permis qu'une fois. Elles n'ont qu'un époux pendant « leur vie, comme elles n'ont qu'un corps et qu'une exis- « tence ; elles l'aiment non pas comme un mari, mais com- « me le mariage lui-même, et n'ont ni pensées ni affections « au delà. Limiter le nombre de ses enfants, ou faire périr « un nouveau-né est considéré comme un crime. Là les « mœurs sont plus fortes qu'ailleurs les lois. »[1]

Cette femme chaste, cette mère vertueuse, Tacite nous la représente comme mêlée aux périls qu'affronte son mari : elle est sa compagne sur le champ de bataille comme au foyer domestique :

« Compagne des fatigues et des dangers de son mari, et « prête à souffrir et à oser autant que lui, dans la paix et « dans les combats. »[2]

Respectée et honorée de tous, la femme germaine devait

[1] *De Germaniâ*, cap. XIX.
[2] *De Germaniâ*, cap. XVIII.

Digitized by Google

exercer une grande influence sur la société grossière où elle vivait, et c'est avec raison que M. Gide a écrit que c'est dans les forêts de la Germanie qu'a pris naissance « ce sen-« timent si noble et si délicat qui, en exaltant la femme, a « ennobli l'homme lui-même, qui a inspiré l'héroïsme che-« valeresque du moyen-âge, qui fait aujourd'hui l'ornement « et le charme des sociétés polies. »[1]

Cette épouse, dont la vie était si intimement associée à celle de son mari, devait partager avec lui les bénéfices de leur vie commune, et c'est l'honneur des anciens Germains de l'avoir compris : le christianisme viendra donner à cette idée son complet développement, et la communauté conjugale sera fondée...

**19.** — « Le principe que suivit l'Eglise dans la législa-« tion du mariage, dit M. Tardif, fut celui de l'égalité des « deux époux devant la loi, procédant de leur égalité aux « yeux de Dieu, égalité de droits dérivant de l'égalité de « devoirs... Aussi voit-on l'Église donner de bonne heure « au mariage le nom de *societas nuptiarum*. La conséquence « logique de cette qualification fut le partage égal entre le « mari et la femme des bénéfices réalisés pendant le ma-« riage par le travail commun ; et en effet les lois canoni-« ques consacrent de très bonne heure la communauté par-« faite entre époux : *quæ lucrantur vir et uxor communiter « obveniunt eis* ;[2] — *Divisionem eorum quæ olim communi-« ter habuerunt districtu Ecclesiæ compellatis* ».[3]

Il serait banal d'insister sur le rôle prépondérant de l'Église dans la formation de la loi civile, surtout en ce qui concerne le mariage et la constitution de la famille ; par les devoirs nouveaux de protection et de douceur qu'elle impose à l'époux, « *sit jugum dilectionis et pacis* », par la loi de

[1] *Étude sur la condition privée de la femme*, p. 214-215 (Edit. Esmein).

[2] *Dès origines de la communauté de biens entre époux*, p. 26-27.

[3] *Cap. Signif. extr. de donation. inter vir. et uxor.*

[4] Urb. III, *Decret. Greg.*, l. IV, t. XX, c. 2.

Digitized by Google

chasteté et de fidélité qu'elle proclame pour les deux époux, et en particulier pour la femme, « *fidelis et casta nubat in* « *Christo* », par la perpétuité du lien conjugal « *nunquam* « *licere disjungi* », par les préceptes d'autorité, de dévouement et de sacrifice d'un côté, de respect et d'obéissance de l'autre qu'elle promulgue pour les parents et les enfants, l'Église a transformé la famille, c'est-à-dire la société tout entière.

Cette influence bienfaisante allait s'exercer même dans le règlement des intérêts pécuniaires des époux, qui devait s'harmoniser avec la constitution nouvelle de la famille : la famille chrétienne est une société dont le mari est le chef, à lui la direction des intérêts de cette société ; mais la femme, unie à lui par un lien que la mort seule brisera, la femme qui dirige et veille au dedans tandis que le mari travaille au dehors, la femme doit être propriétaire à la dissolution du mariage, comme le mari lui-même et dans la même proportion, de ce qu'ils auront amassé ensemble.

C'est sous l'influence de ces idées que la communauté va se développer dans notre Droit Français.

## § III

### *Ancien droit français.*

20. — Dans notre ancien droit français, comme dans le droit germanique, le mari a des pouvoirs très étendus sur la personne et sur les biens de sa femme : il en est le *mainbour* ou le gardien, et sa tutelle ou *mainbournie*, qui dérive du *mundium* germanique, produira des effets très étendus ; il a le gouvernement et l'administration des immeubles de la femme, la libre disposition de ses meubles, à ce point qu'un de nos anciens jurisconsultes coutumiers a pu comparer les pouvoirs du mari à ceux du père :

Digitized by Google

« *Quia, ut sæpè dixi, æquiparantur circa ista pater et* « *filius, maritus et uxor.* »[1]

De son côté, la femme ne peut ni ester en justice, ni contracter, ni même tester.[2]

**21.** — Mais, si les pouvoirs du mari comme chef de l'association conjugale sont étendus, le droit de la femme à la communauté des biens acquis pendant le mariage va rapidement devenir la règle commune de la France coutumière. Les textes abondent pour l'établir.

Dans une charte de la commune d'Amiens,[3] de l'année 1190, on dit que l'époux survivant aura la moitié des acquêts, et les enfants l'autre moitié : « *Qui superstes fuerit* « *medietatem solus habebit, et infantes aliam.* »

Les Assises de Jérusalem consacrent le même droit :

« S'il avient que I houme et sa feme ont conquis héritages « ensemble et ont enfans, et par la volonté de notre Seignor « la feme meurt avant de son baron : la raison commande « et juge que la part de la mère si eschiet à ces anfans tous « communaument. »[4]

Nous lisons dans le même recueil le passage suivant :

« ..... Bien deivent tous homes saver que par la sainte « assise de Jérusalem ait la feme la mite de tous les biens « que son baron gaaigne o luy depuis que il la prent : car « ce est droit et raison par lasise, *quia ex quo vir et mu-* « *lier fiunt una caro, merito quidquid vir acquirit uxore vi-* « *vente, jure cedit uxori pro medietate.* »[5]

Les Établissements de Saint-Louis proclament aussi l'existence du régime de la communauté :

[1] Chassaneus, *In consuetud. Burgond.*, cité par Ginoulhiac, *Hist. du rég. dotal et de la commun. en France*, p. 293.

[2] V. les autorités citées par Ginoulhiac, *Op. citat.*, p. 291 et suiv.

[3] Citée par Tardif, *Des origines de la communauté de biens entre époux*, p. 30.

[4] *Assises de la Baisse court*, Chap. CLXXXIV, p. 203 (édit. Kansler).

[5] *Assises de la Baisse court*, Chap. CLXXVII, p. 195-196 (édit. Kansler).

Digitized by Google

« Si un home ou une fame achetoient terre ensemble, cil « qui plus vit, si tient sa vie les achas ; et quand ils seront « morts ambedui, si retorneront li achat l'une moitié au li- « gnage devers l'home, et l'autre moitié au lignage devers « li fame...

« Si aucun hons qui avait muebles prenoit une fame qui « n'avoit riens, et il morust tout si eust il hoir, si accroit la « fame la moitié des muebles, et si une fame bien riche « prenoit un hom poure, et ele morust, si auroit-il la moi- « tié des muebles, et ainsi puet on entendre que li muebles « sont communs. »[1]

Aussi peut-on dire, avec M. Tardif, qu'à la fin du XIIIe siècle la communauté règne sans conteste, et qu'elle ne comprend plus seulement les acquêts, mais aussi les meubles des deux époux.

« Chascun si set, dit Beaumanoir, que compaignie se fet « par mariage, car si tost comme mariage est fez, li biens « de l'un et de l'autre si sont quemuns par la vertu dou ma- « riage. »[2]

Ce régime de la communauté fut adopté par toute la France coutumière, sauf l'Auvergne, la Haute-Marche et la Normandie ;[3] et Loisel, et après lui Catherinot, ont formulé dans les termes suivants les axiomes qui résument la règle coutumière :

« Sont les mariés communs en tous biens, meubles et « conquêts immeubles, du jour de leur bénédiction nup- « tiale. »[4]

« Conquêts sont communs. »[5]

**22.** — Des explications que nous venons de présenter, il résulte que, dans notre pensée, ce n'est pas dans les institutions féodales que la communauté a pris naissance ; et, à

[1] Liv. I, cap. XXXVI et XXXVII.
[2] XXI, II, 266.
[3] Klimrath, *Travaux sur l'histoire du droit français*, II, p. 277.
[4] *Instit. cout.*, liv. II, tit. IX.
[5] *Les axiomes du droit français*, V° CONQUÊTS.

Digitized by Google

ce point de vue, nous nous associons aux critiques présentées contre la théorie de M. Laferrière sur les origines féodales de la communauté,[1] par M. Klimrath.[2]

Mais, si l'origine de la communauté est plus ancienne que la féodalité, il n'en faut pas conclure, à notre avis, que le puissant mouvement d'association qui caractérise l'époque féodale ait été sans influence sur le développement de la communauté conjugale en France. L'esprit d'association règne partout à cette époque, dans les campagnes, parmi les gens de mainmorte, dans les villes, dans les bourgs et villages, parmi les roturiers : les manses serviles, les communautés de pain et de pot qui s'établissent même entre étrangers qui ont vécu pendant un an et jour sous le même toit, devaient faire admettre bien facilement l'idée de la communauté entre époux, c'est-à-dire entre personnes qui non seulement vivent ensemble, mais qui sont unies par les liens les plus étroits.

Il est remarquable que Beaumanoir, en traitant des communautés ou « compaignies », n'indique la communauté conjugale que comme une des catégories de ces « compai-
« gnies » si nombreuses dans la société féodale :

« Compaignie se fet de pluriex manières...

« Chacun si set que compaignie se fet par mariage...

« La seconde manière comment compaignie se fet est de
« marchandise...

« La tierche manière comment compaignie se puet faire
« est par convenance...

« La quarte manière par quoi compaignie se fet... selon
« nostre coustume, pour seulement manoir ensemble à un
« pain et à un pot un an et un jour, puisque li muebles de
« l'un et de l'autre sont mellés ensemble. »[3]

Aussi croyons-nous que si la communauté conjugale a

[1] *Histoire du droit français*, I, p. 177 et suiv.
[2] *Travaux sur l'histoire du droit français*, I, p. 128-131.
[3] *Cout. de Beauvoisis*, Chap. XXI.

Digitized by Google

pris naissance dans l'ancien droit germanique, elle n'a acquis son complet développement et n'est arrivée à former le droit commun de la France que sous la double influence des préceptes du christianisme, d'une part, et de l'autre de l'esprit d'association de la société féodale.

**23.** — La coutume de Normandie présente, au point de vue du régime matrimonial, des caractères tout spéciaux qui ont, à juste titre, attiré l'attention des historiens du droit.

En premier lieu, la dot de la femme est inaliénable, et, lors même que la femme aurait consenti à son aliénation, elle pourra la faire révoquer par le bref de mariage encombré (articles 537 et suivants de la nouvelle Coutume).

En second lieu, si le régime normand ressemble au régime dotal romain, en ce qu'il consacre l'inaliénabilité de la dot, il en diffère en un point essentiel : tandis que la dot romaine était purement et simplement inaliénable, la dot normande peut être aliénée moyennant remploi. Le recours de la femme contre l'acquéreur du bien dotal n'est qu'un recours subsidiaire, pour le cas où la femme ne serait pas indemnisée sur les biens du mari, et il ne tend qu'à obtenir le juste prix de l'immeuble, si mieux n'aime l'acquéreur le délaisser.

En troisième lieu, les époux n'étaient pas communs en biens, d'après la coutume. Il semble même que, selon l'ancienne coutume, il n'y avait entre eux aucune communauté, mais seulement des droits de survie au profit de la femme, si le mari mourait le premier. Plus tard, on accorda à la femme la moitié des acquêts faits en bourgage (article 329 de la nouvelle Coutume), c'est-à-dire des biens situés dans l'enceinte des villes et bourgs ; mais c'était, comme on le voit, une communauté bien restreinte, par rapport au droit général des pays coutumiers.

En quatrième lieu, il était interdit aux époux de stipuler entre eux une communauté plus étendue que celle de l'article 329. Voici, en effet, quelles étaient les dispositions de l'article 330 :

Digitized by Google

« Quelque accord ou convenant qui ait été fait par con-
« trat de mariage en faveur d'icelui, les femmes ne peuvent
« avoir plus grande part aux conquêts faits par le mari,
« que ce qui leur appartient par la coutume, *à laquelle les*
« *contractants ne peuvent déroger.* »

**24.** — D'où viennent ces singularités, qui donnent au régime normand une physionomie à part, au milieu des autres régimes coutumiers ?

La question est complexe : il faut se demander, d'abord, d'où vient l'inaliénabilité de la dot normande. Nous croyons que M. Glasson[1] a fourni la vraie réponse, en comparant le droit normand au droit anglo-normand ; dans les deux législations, la personne de la femme mariée est confondue avec celle de son mari :

« *Vir et uxor sunt quasi unica persona, quasi caro una*
« *et sanguis unus.* »[2]

« Sa feme et lui ne sont fors que un person en ley. »[3]

Les jurisconsultes normands et anglo-normands en ont déduit la conséquence que la femme mariée, dépourvue de personnalité juridique, ne pouvait pas valider par son consentement l'aliénation de sa dot, que son mari n'avait pas capacité pour consentir lui-même.

C'est ainsi qu'on arrive à une inaliénabilité qui, tout en ne venant pas du droit romain, et en n'étant pas inspirée par les mêmes motifs, produisait les principaux effets de l'inaliénabilité de la dot romaine.

Cette base de l'inaliénabilité de la dot normande va nous permettre d'expliquer pourquoi la femme n'a qu'un recours subsidiaire en indemnité contre l'acquéreur du bien dotal : ce n'est pas le bien dotal qui est inaliénable en soi, par des motifs d'ordre public, c'est le mari qui, en aliénant la dot,

[1] *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, II, Chap IV, § 58.
[2] Bracton, liv. V, cap. XXV.
[3] Littleton, liv. II, sect. 168.

Digitized by Google

a dépassé ses pouvoirs ; il doit indemniser la femme du préjudice que l'aliénation lui cause. S'il ne le fait pas, la femme aura un recours contre l'acquéreur, pour qu'il l'indemnise, ou, à défaut d'indemnité, pour qu'il lui restitue le bien dotal.

**25.** — Comment expliquer, maintenant, que les Normands non seulement n'aient pas admis la communauté comme régime de droit commun, mais ne l'aient permise que pour les acquêts en bourgage, en défendant expressément aux époux de stipuler une communauté plus étendue ?

Nous sommes portés à croire que ce côté de la législation normande tient au rôle effacé de la femme dans les mœurs de la province ; elle n'est pas l'égale, elle est la subordonnée du mari, et l'ancienne coutume indique d'une manière expressive cette infériorité, d'abord quant aux biens, puis quant à la personne :

« L'homme et la femme sont deux en une chair : et leur « possession ne doit estre qu'une, de quoy le mari a la sei- « gneurie. Et ne peuvent femmes rien avoir pour elles que « tout ne soit à leur mari. »[1]

« Aucun n'est tenu à faire loy pour simple bature qu'il « ait faite à sa femme : car l'on doit entendre qu'il le « fait pour la chastier. Mais elle doit être ouïe en derrière « de son mari, s'il la méhaigne ou lui crêve les yeux, ou « lui brise les bras, ou il a accoutumé à la traiter vilaine- « ment. Car ainsi ne doit l'en pas chastier femme. »[2]

Cette condition si humble de la femme normande, ces pouvoirs exorbitants du mari sur sa personne et ses biens peuvent s'expliquer par les origines de la race normande : les pirates de la mer, qui ravagèrent pendant si longtemps les rivages de la Neustrie avant de s'y installer en maîtres,

[1] Chap. *De monneage*, Terrien, Liv. II, Chap. I, p. 16 (édit. de 1574).

[2] Chap. *De simple querelle personnelle et de bref de mariage encombré*, Terrien, Liv. II, Chap. I, p. 16 (édit. de 1574).



Digitized by Google

n'avaient guère appris le respect de la femme, ni connu la dignité de l'épouse et de la mère au cours de leur vie d'aventures.

Aussi concevons-nous facilement que l'idée de la communauté n'ait pas été admise par eux : c'est une diminution des pouvoirs absolus qui doivent appartenir au mari.

La communauté des acquêts en bourgage finira par être acceptée, à cause des privilèges dont jouissaient les villes et les bourgs, et parce que les héritages qui y étaient situés pouvaient être vendus et achetés comme meubles : [1] mais, quant aux autres héritages acquis pendant le mariage, ils seront la propriété du mari aussi longtemps que vivra la coutume.

**26.** — D'après les règles généralement suivies dans les pays de communauté, la communauté coutumière se composait activement de tous les biens meubles que les époux possédaient au moment de la célébration du mariage, ou qu'ils acquéraient plus tard, à quelque titre que ce fût, gratuit ou onéreux ; ce qui comprenait même les meubles qui leur advenaient par succession, en ligne directe ou collatérale.

Quant aux immeubles, la communauté ne se composait que des conquêts, c'est-à-dire des immeubles acquis pendant le mariage à titre onéreux, et des immeubles échus à titre gratuit autre que le titre de succession, ou un titre équivalant à succession ; ce qui comprenait, ainsi que nous le dirons lorsque nous rapprocherons les règles du Code civil de celles de la communauté coutumière, les biens donnés ou légués par un étranger, ou par un parent en ligne collatérale.

Au contraire, étaient propres les immeubles que les époux possédaient au moment de la célébration du mariage, et ceux qu'ils acquéraient par la suite à titre de succession,

[1] Houard, DICT. DE DROIT NORMAND, V° *Bourgage*.

Digitized by Google

directe ou collatérale, ou qu'ils recevaient par donation ou par legs d'un ascendant.

Enfin la communauté se composait encore de tous les fruits des biens propres aux deux époux.

27. — Le mari était chef de la communauté, avec des pouvoirs très étendus : on peut les caractériser en leur appliquant ce que disaient les Assises de Jérusalem en parlant de la liberté de disposition des conquêts, malgré l'existence d'enfants :

« Ia ne lairont por leurs anfans de vendre ni de « donner leurs biens à qui ils voront, ni de beivre ni de « manger leurs biens tant comme ils vivront. »

Ainsi le mari, seigneur et maître de la communauté, peut vendre ou donner les biens qui la composent à qui il voudra, il peut même « les boire et les manger tant qu'il « vivra ».

La coutume de Paris indique ainsi les pouvoirs du mari, dans son article 225 :

« Le mari est seigneur des meubles et conquêts immeu- « bles par lui faits durant et constant le mariage de lui « et de sa femme, en telle manière qu'il les peut vendre, « aliéner ou hypothéquer, et en faire et disposer par do- « nation ou autre disposition faites entre vifs à son plaisir « et volonté, sans le consentement de sa dite femme, à per- « sonne capable et sans fraude. »

Pothier résumait dans les termes suivants les droits du mari sur les biens de la communauté :

« Le droit du mari sur les biens de la communauté est « renfermé dans les deux axiomes suivants :

« *Premier axiome* : Le mari, comme chef de la commu- « nauté, est réputé le seul seigneur des biens de la com- « munauté, tant qu'elle dure, et il en peut disposer à son « gré sans le consentement de sa femme ;

[1] *Assises de la Baisse court*, Chap. CLXXX, p. 199 (édit. Kansler).

Digitized by Google

« *Deuxième axiome* : Ces dispositions néanmoins ne sont « valables qu'autant qu'elles ne paraissent pas faites en « fraude de la part que la femme et les héritiers de la fem- « me ont droit d'y avoir, lors de la dissolution de la com- « munauté ; il ne peut surtout s'en avantager, ni ses héri- « tiers, au préjudice de cette part. »[1]

**28.** — Le mari était, en outre, administrateur des biens propres de la femme : à ce titre, il en percevait les fruits qui entraient dans la communauté, d'après l'article 227 de la coutume de Paris, et il pouvait faire des baux, qui ne devaient pas dépasser six ans à Paris, neuf ans pour les héritages situés à la campagne.

Mais il ne pouvait faire aucun acte de disposition sur ces biens propres :

« Le pouvoir du mari, dit Argou,[2] ne s'étend que sur les « effets de la communauté ; il ne peut pas vendre, aliéner, « engager ni hypothéquer les propres de la femme, sans « son consentement : il n'est pas même partie capable pour « poursuivre seul en justice les droits immobiliers de « sa femme, qui ne font point partie de la communauté ; il « faut que la femme y soit partie elle-même, et qu'elle soit « autorisée par son mari, ou par justice, à son refus. »

**29.** — A la dissolution de la communauté, chacun des époux, ou les héritiers de l'époux prédécédé et l'époux survivant reprenaient leurs biens propres ou le prix de ceux qui avaient été aliénés ; puis la communauté se partageait par moitié entre l'époux survivant et les héritiers de l'époux prédécédé (article 229 de la coutume de Paris).

Si la communauté était mauvaise et si le passif dépassait l'actif, à l'origine, la femme devait payer sa part des dettes comme tout autre associée, même aux dépens de son propre patrimoine :

[1] *Traité de la communauté*, n° 467.

[2] *Institution au droit français*, Liv. III, Chap. IV, p. 34-35 (Edit. de 1771).

Digitized by Google

« Autrefois, dit Argou, en France, la communauté « était semblable aux autres sociétés, en ce que la femme « ne pouvait pas y renoncer pour se décharger du paiement « des dettes. Nos anciens praticiens remarquent que dans « les guerres d'outre-mer ce privilège particulier fut d'a- « bord accordé aux femmes des nobles, à cause des « grandes dettes que leurs maris étaient obligés de con- « tracter, dont elles n'avaient aucune connaissance ; mais « il fallait, pour jouir de ce privilège, qu'elles quittassent « la maison du mari sans emporter autre chose que leur « habit. »[1]

Née à l'époque des Croisades et réservée d'abord aux femmes des nobles, cette faculté de renonciation fut assez rapidement étendue aux femmes des roturiers, comme le prouve l'article 237 de la nouvelle coutume de Paris.

De plus, il s'introduisit dans la coutume une autre faculté non moins précieuse pour la femme : même dans le cas où elle acceptait la communauté, elle n'était tenue des dettes que jusqu'à concurrence de l'émolument qu'elle y recueillait, à la condition qu'il fût fait « loyal inventaire » (article 228 de la coutume de Paris).

Ces privilèges de la femme, exorbitants en apparence, sont en réalité le contrepoids nécessaire des pouvoirs du mari comme chef de la communauté, comme nous le dirons en étudiant l'organisation de la communauté sous le Code civil, où nous retrouverons les mêmes droits exceptionnels au profit de la femme.

Tel est, dans son origine et dans sa physionomie générale, le régime de la communauté, tel qu'il nous apparaît dans la presque totalité des provinces coutumières.

**30.** — A côté du régime de la communauté proprement dite, régime de droit commun des pays coutumiers, il y avait des modifications nombreuses et parfois importantes

[1] *Institution au droit français*, Liv. III, Chap. VI, p. 60 (Edit. de 1771).

Digitized by Google

apportées à ce régime par l'usage, dans telle ou telle province ; elles étaient si nombreuses qu'Argou renonce à les énumérer toutes :

« A l'égard des clauses extraordinaires, dit-il, il est im-
« possible de les spécifier toutes ; elles n'ont point de nom-
« bre certain ; on en peut inventer tous les jours de nou-
« velles, parce que les contrats de mariage étant des lois
« que deux familles s'imposent volontairement en s'unis-
« sant ensemble, on y souffre toutes les clauses qui ne
« sont point contre les bonnes mœurs, ni contre le droit
« public. »[1]

Pothier a traité des principales de ces modifications que l'usage avait consacrées, dans son *Traité de la communauté*, au chapitre III, *De la communauté conventionnelle, et des différentes conventions qui interviennent par rapport à la communauté.*

La clause d'apport, la convention d'ameublissement, la clause de réalisation, la clause de séparation de dettes, la clause de franc et quitte, la clause de reprise de l'apport de la femme en cas de renonciation, la convention de préciput, la clause assignant des parts inégales aux époux dans la communauté, le forfait de communauté, la clause d'exclusion de communauté et la séparation contractuelle, telles sont les plus importantes de ces modifications que les mœurs avaient introduites, et qu'il nous suffit en ce moment d'indiquer : nous les retrouverons en effet et nous les étudierons sous le Code civil, qui les a empruntées à Pothier, et y a consacré la deuxième partie du chapitre *du Régime en communauté*, articles 1497 à 1539.

**31.** — Les pays de droit écrit n'acceptèrent point le régime de la communauté, et, en cela comme en presque toute matière, suivirent le droit romain dans son dernier état, au moins dans les caractères essentiels du régime dotal.

Comme à Rome, il y a dans le ménage trois patrimoines,

[1] *Institution au droit français*, Liv. III, Chap. III.

Digitized by Google

les biens propres du mari, la dot de la femme et ses paraphernaux.

Le mari n'a aucun droit sur les paraphernaux, que la femme administre librement, à moins qu'elle n'en ait confié l'administration au mari, qui devient alors son mandataire, comme pourrait l'être un étranger.[1]

La dot comprend tout ce que la femme a apporté en mariage, soit sous la forme de constitution de biens présents, soit sous la forme de constitution de biens à venir; les biens dotaux ne peuvent être ni aliénés, ni hypothéqués, même avec le concours de la femme, « sauf, dit Argou,[2] « dans les pays de Forez, Beaujolois et Mâconnois, dans « lesquels, pour faciliter le commerce, le Roi a permis aux « femmes de s'obliger pour leurs maris, et, pour cela, « d'engager ou d'aliéner leur dot, soit qu'elle consiste en « meubles ou immeubles ».

Les jurisconsultes dotalistes conservent même au mari son ancienne qualification de propriétaire de la dot.

« Quant aux biens dotaux, dit Roussilhe, la propriété en « est transférée au mari, à charge de la restitution qui doit « être faite à la dissolution du mariage : mais, pendant sa « durée, le mari a la *véritable propriété*, à l'exception qu'il « ne lui est pas permis d'aliéner les biens fonds qui com- « posent la dot, ni d'exercer aucune action qui tende à « l'aliénation des immeubles, ni les obliger ou hypothé- « quer, même du consentement de sa femme.

« Pendant leur mariage, celle-ci est donc plutôt créan- « cière de la restitution de ses biens dotaux qu'elle n'est « propriétaire. Si l'on appelle sa dot le patrimoine de la « femme, c'est par rapport à la restitution qui doit lui en « être faite. »[3]

[1] Masuer, *Practique*, IX; Argou, *Institution au droit français*, Liv. III, Chap. VIII.

[2] *Institution au droit français*, Liv. III, Chap. VIII, p. 75-76 (édit. de 1771).

[3] *Traité de la dot*, Article prélimin., *in fine*.

Digitized by Google

La jurisprudence des parlements avait apporté des modifications à quelques-unes des règles romaines du régime dotal ; mais l'examen de ces modifications trouvera sa place lorsque nous étudierons l'organisation du régime dotal sous le Code civil.

Digitized by Google

## SECTION II

*De la discussion du titre du contrat de mariage, lors de la rédaction du code.*

**32.** — Quel parti allaient prendre les rédacteurs du Code pour l'organisation du régime pécuniaire des époux ? Fallait-il admettre un seul des deux régimes, la communauté et le régime dotal, qui se partageaient la France à la chute de la Monarchie ? Fallait-il, au contraire, laisser subsister ces deux régimes, et, dans ce cas, lequel des deux devait être adopté comme régime de droit commun, pour cette classe si nombreuse d'époux qui se marient sans avoir fait de contrat de mariage ?

Le premier et le second projet de Cambacérès admettaient, à défaut de convention entre les époux, un régime de communauté à peu près analogue à la communauté coutumière, au point de vue des biens qui devaient la composer ; mais, par une innovation d'une portée considérable, l'administration des biens communs appartenait indifféremment à l'un ou à l'autre des deux époux :

« Il y a communauté de biens entre les époux, disait « l'article 44 du deuxième projet, et *droit égal à leur administration*, s'il n'en a été autrement convenu. »[1]

**33.** — Le troisième projet de Cambacérès contenait une règle beaucoup plus sage, quant à l'administration de la

[1] Fenet, I, p. 20 et 114.

Digitized by Google

communauté :[1] « Le mari administre seul la communauté ; il peut vendre, aliéner les biens dont elle est composée » (article 293). Mais les dispositions de ce projet étaient les mêmes, en ce qui concerne l'adoption de la communauté comme régime de droit commun.

**34.** — Le projet Jacqueminot édictait pour le contrat de mariage des règles analogues à celles du troisième projet de Cambacérès ; mais les règles consacrées à cette matière étaient très complètes, et voici le motif qu'en donnait l'auteur :

« La communauté légale devant, d'après le projet, deve-
« nir le droit commun de tout le territoire de la Répu-
« blique, pour tous les cas où il n'y aurait pas de stipula-
« tion contraire, on a cru, pour l'instruction des pays dans
« lesquels ce droit était jusqu'ici totalement inconnu, de-
« voir donner à ce titre plus d'étendue et de développement
« que cela n'eût peut-être paru nécessaire, si la loi avait pu
« ne concerner que les pays coutumiers, où cet usage était
« familier. »[2]

**35.** — Enfin le projet de la commission du gouvernement reproduisit presque complètement le projet Jacqueminot,[3] et l'article 11 était ainsi conçu : « A défaut de con-
« ventions entre les époux, il y a communauté de biens. »

Pour bien comprendre la portée de cette disposition, il faut en rapprocher l'article 1er, aux termes duquel les époux « ne peuvent stipuler que (les conditions de leur union) « seront réglées par aucune des lois, statuts, coutumes et « usages qui ont régi jusqu'à ce jour les diverses parties « du territoire de la République : toute disposition ainsi « conçue est nulle. »

Ainsi non seulement le régime de la communauté était le régime des époux qui n'avaient pas fait de contrat,

[1] Fenet, I, p. 227.
[2] Fenet, I, p. 432.
[3] Fenet, II, p. 302-334.

Digitized by Google

mais on ne pouvait se référer, dans les provinces de droit écrit, à l'ancien régime dotal ; et il n'y aurait eu d'obligatoires que les stipulations dotales insérées dans le contrat de mariage.

**36.** — Il est assez singulier de constater que, lorsque le projet de la commission fut soumis aux tribunaux d'appel, il ne rencontra presque pas d'opposition dans les anciens pays de droit écrit : nous croyons qu'il n'y a que trois tribunaux qui aient présenté des observations tendant à faire modifier le système général du projet, les tribunaux de Grenoble, de Rouen et de Montpellier.

Le tribunal de Grenoble ne demandait pas le rétablissement dans le Code du régime dotal, mais seulement que l'on adoptât le régime exclusif de communauté comme régime de droit commun, pour les époux qui n'avaient pas fait de contrat.[1]

Le tribunal de Rouen admettait, en principe, la communauté comme régime de droit commun, mais pour garantir la restitution des droits et biens de la femme, il présentait un système basé sur l'ancienne pratique de la coutume normande, le système du *recours subsidiaire* contre l'acquéreur en cas d'aliénation des immeubles dotaux :

« Les immeubles personnels de la femme seraient aliénables du consentement des deux époux, mais sous cette « *condition de droit* qu'ils pourraient être remplacés soit « sur ceux de la communauté, soit sur ceux appartenant « personnellement au mari ; si tous ces biens ne suffisaient « pas au remplacement, l'aliénation serait annulée. Ce « sera aux acquéreurs du bien de la femme à consulter, « avant d'en faire l'achat, les sûretés que pourront lui offrir les biens du mari alors subsistants ; et il n'y a d'ailleurs aucun motif de faciliter la vente des immeubles de « la femme. »[2]

[1] Fenet, III, p. 582.
[2] Fenet, V, p. 534-537.

Digitized by Google

**37.** — Seul le tribunal de Montpellier se fit le champion, et le champion énergique du régime dotal : il faut lire la dissertation intéressante dans laquelle le tribunal défend son système.[1] Il y a certainement des passages qui ne sont qu'emphatiques, comme le passage si souvent cité : « (La « communauté) est une pomme de discorde que le nord de « la France veut jeter dans le midi : fruit que la barbarie « des Francs avait cueilli, sans doute, dans les forêts de la « Germanie, et qu'elle a apporté dans les Gaules, au mi- « lieu du tumulte de la victoire et de la licence des « camps ».

Tel est encore le passage dans lequel on essaie de démontrer que la communauté va transformer l'amour conjugal en amour des richesses, entraînant à sa suite « le « luxe, l'orgueil, et la licence corruptrice du sexe » ; ou bien encore que la communauté est bien plus dangereuse en République qu'en Monarchie.

Mais, à côté de cela, le tribunal de Montpellier donnait de sérieux motifs, deux surtout, contre le système du projet.

En premier lieu, la liberté apparente laissée aux parties de régler leurs conventions matrimoniales comme bon leur semble est illusoire, car, d'un côté, elles ne peuvent s'en référer au régime dotal en usage dans leur pays, et, de l'autre, elles ne peuvent régler par leur contrat tous les détails de ce régime, car il faudrait un traité tout entier.

En second lieu, le régime de la communauté est absolument contraire aux mœurs et aux traditions du Midi, et c'est une véritable tyrannie que de l'imposer aux populations de cette région.

**38.** — Le projet fut ensuite soumis à l'examen du conseil d'Etat. Dans une première séance, celle du 29 septembre 1803, Berlier défendit le système du projet ; la commu-

[1] Fenet, p. 493-503.

Digitized by Google

nauté, disait-il, est plus conforme à la situation des époux, car l'union des personnes conduit naturellement à l'union des biens. Elle tend à faire prospérer le ménage par l'affection que l'on porte à la chose commune. Enfin elle est plus en harmonie avec les mœurs de la nation française ; même dans les pays de droit écrit, on stipule journellement les sociétés d'acquêts, et, d'autre part, il n'y a guère que le tribunal de Montpellier qui ait réclamé fortement contre la communauté considérée comme droit commun.

Portalis proposa de ne soumettre les parties à aucun régime de droit commun, et de ne leur donner que le régime matrimonial qu'elles auraient elles-mêmes choisi ; cette proposition fut combattue par Treilhard et Tronchet, partisans, comme Berlier, d'une communauté légale ; et, sur la demande de Cambacérès, on ajourna l'examen de la question jusqu'après la discussion des articles du projet, discussion qui était de nature, disait-il, à éclairer la question générale que l'on examinait.[1]

Le 6 octobre 1803, la discussion recommença ; Malleville fit remarquer que la communauté légale était complètement inconnue dans les pays de droit écrit et dans la Normandie ; que, dans ces pays, l'opinion publique protestait contre l'adoption de ce régime, auquel on ne pourrait se soustraire, dans le système du projet, qu'en faisant un contrat de mariage et en y insérant une foule de détails.

Le conseil d'Etat admit, après une courte discussion, deux propositions importantes, et qui bouleversaient le projet de la commission : en premier lieu, tout en maintenant l'article 7, c'est-à-dire l'adoption du régime de la communauté pour les époux qui n'auraient pas fait de contrat, on retrancha la prohibition de l'article 19, qui défendait aux époux de se référer aux anciennes coutumes ; et, en second lieu, on décida que la dot serait inaté-

[1] Fenet, XIII, p. 523-533.

Digitized by Google

nable, pour ceux qui adopteraient le système des pays de droit écrit. Ces propositions furent renvoyées à la section pour être rédigées en articles. [1]

Le 27 octobre 1803, la section présentait son projet qui est devenu, sauf quelques modifications de détail, le titre V du livre III du Code civil.

L'article 7, devenu l'article 1393, décide qu'à défaut de conventions spéciales le régime de la communauté sera le régime légal ; l'article 4, devenu l'article 1390, défend de se référer d'une manière générale aux anciennes coutumes, lois ou statuts locaux, mais l'article 5 (article 1391) leur permet de déclarer qu'ils adoptent soit le régime de la communauté, soit le régime dotal.

Au cas d'adoption du régime dotal, le chapitre III du projet, intitulé *Du régime dotal*, détermine l'organisation de ce régime, comme le chapitre I règle l'organisation de la communauté.

Quant aux conventions modificatives de la communauté, communauté universelle, communauté réduite aux acquêts, clause de préciput, etc., elles ont trouvé dans le Code la place et à peu près l'organisation qu'elles avaient dans le droit coutumier, dans son dernier état, ainsi que nous le dirons en présentant l'explication des articles 1497 à 1539.

[1] Fenet, XIII, p. 569-576.

Digitized by Google

## SECTION III

*Du contrat de mariage dans les législations étrangères.*

**39.** — Nous étudierons l'organisation du régime pécuniaire des époux dans les législations suivantes :

§ I. — *Le droit Germanique.*
§ II. — *Le droit Russe.*
§ III. — *Le droit Italien.*
§ IV. — *Le droit Espagnol.*
§ V. — *Le droit Anglais.*
§ VI. — *Le droit des Etats-Unis.*

### § I

### *Droit Germanique.*

**40.** — Les systèmes adoptés dans les pays d'origine germanique, l'empire d'Allemagne, l'Autriche et la Suisse, pour le règlement des intérêts pécuniaires des époux, sont très nombreux ; mais ils peuvent se ramener à trois types principaux, d'après M. Lehr,[1] dont les études excellentes sur le droit comparé vont nous servir de guide pour le droit

[1] *Eléments de droit civil germanique*, p. 332.

Digitized by Google

Germanique, aussi bien que pour le droit Russe, le droit Espagnol et le droit Anglais.

I. Le régime de l'union des biens (*Güterverbindung*) ;

II. Le régime de la communauté (*Gütergemeinschaft*) ;

III. Le régime dotal et de l'usufruit marital.

**41.** — I. *Régime de l'union des biens.* Sous ce régime, les patrimoines des deux époux sont séparés, au point de vue de la propriété, chacun d'eux restant maître de sa fortune personnelle, sauf ce que nous allons dire quant aux pouvoirs d'administration du mari.

Le mari, comme chef de l'union de biens, a le droit d'administrer la fortune de sa femme, cultiver les immeubles, les affermer, toucher l'intérêt des capitaux, etc...

Quant aux immeubles, il n'a en général que ce droit d'administration, et il ne peut ni les aliéner, ni les hypothéquer : mais, quant aux meubles, la législation tend à donner au mari le droit de les aliéner, sauf à tenir compte à la femme de leur valeur.[1]

Enfin le mari a la jouissance du patrimoine de la femme : c'est à lui seul qu'appartiennent les revenus de celle-ci, et les produits du commerce ou de l'industrie qu'elle exerce.

Sous ce régime, tous les acquêts sont la propriété du mari, ce qui, à ce point de vue, devrait plutôt faire donner à ce régime le nom de séparation de biens, au lieu d'union de biens (*Güterverbindung*), puisque les patrimoines des deux époux sont séparés, et que, d'un autre côté, les acquêts ne sont point communs.

**42.** — Les droits de la femme, sous ce régime, sont très limités. Elle ne peut ni administrer sa fortune ni en jouir, puisque l'administration et la jouissance appartiennent au mari ; et elle ne peut aliéner ni ses meubles ni ses immeubles sans l'autorisation de son mari.

Les dettes qu'elle contracterait depuis la célébration du

[1] *Landrecht* prussien, II, 1, § 247. — Lehr, *Éléments de droit civil germanique*, p. 338.

Digitized by Google

mariage sont en général considérées comme nulles de droit, et non pas seulement comme des dettes à terme, dont le recouvrement ne pourrait être effectué qu'après le mariage, à cause des droits d'usufruit du mari. Mais, par exception, les engagements que la femme contracte à raison des besoins du ménage, dont elle a la direction,[1] sont valables et obligatoires pour le mari.[2]

**43.** — La femme conserve, par exception, la jouissance et la libre disposition de deux sortes de biens : ses épargnes, ou *Spargut*, et les biens qu'elle s'est expressément réservés, *Vorbehaltenes Frauengut*.

Le *Spargut* comprend l'épargne que la femme apporte en se mariant, argent, bijoux, objets mobiliers : elle en a l'administration et peut en disposer à son gré, sans autorisation de son mari, et sans qu'il y ait besoin de convention spéciale, en vertu de la coutume.

Le *Vorbehaltenes Frauengut* se compose des biens, meubles ou immeubles, que s'est expressément réservés la femme en se mariant : elle est libre d'en disposer comme elle veut, de les hypothéquer et même de les aliéner, sans autorisation de son mari.[3]

**44.** — II. *Régime de la communauté.* — Le régime de la communauté, *Gütergemeinschaft*, se divise en deux groupes :

Le régime de la communauté universelle, *Allgemeine Gütergemeinschaft*, par lequel les époux mettent en commun tous leurs biens, meubles et immeubles, présents et à venir. Ce régime est suivi surtout, dit M. Lehr,[1] en Franconie, en Westphalie, en Hollande et en Belgique.

Puis le régime de la communauté particulière, *particu-*

[1] *Landrecht* prussien, II, 1, § 211 ; *Cod. roy. sax.*, 1655 ; *Cod. Zuric.*, 142. — Lehr, *Op. et loc. cit.*, p. 338-339.

[2] Lehr, *Op. et loc. citat.*, p. 344-345.

[3] *Landrecht* prussien, II, 1, § 221 et suiv. — Lehr, *Op. et loc. cit.*, p. 348-349.



Digitized by Google

*lare Gütergemeinschaft*, dans lequel on ne met en commun qu'une certaine catégorie de biens, soit les meubles, soit les immeubles, soit les biens présents, soit les biens à venir. Les deux principales variétés de cette communauté particulière sont la communauté des meubles, *Gemeinschaft der fahrenden Habe*, qui correspond à notre communauté légale, et est usitée dans certaines villes de Franconie ; et la communauté d'acquêts, *Errungenschaftgemeinschaft*, qui se compose des biens achetés avec les économies faites pendant le mariage : c'est le système usité en Bavière et en Autriche.[1]

**45.** — Dans le régime de la communauté universelle, l'actif se compose de tous les biens que les époux possèdent au moment de la célébration du mariage, et de ceux qu'ils acquièrent par la suite. Toutefois, dans les pays où les mutations de la propriété immobilière doivent être constatées par une inscription sur les registres fonciers, les immeubles propres des époux n'entrent en communauté qu'à dater de l'inscription qui en est faite sur ces registres.[2]

Sont exclus de la communauté les droits attachés à la personne de l'un des époux, comme les droits d'auteur, l'usufruit, les majorats, les fiefs ou les fidéicommis : toutefois, à défaut du droit lui-même, les bénéfices périodiques que ces droits rapportent tombent dans la communauté.

Le passif de la communauté comprend toutes les dettes des époux, antérieures au mariage ou contractées pendant le mariage.

**46.** — La communauté est administrée par le mari avec les pouvoirs les plus étendus, au point de vue des actes de disposition à titre onéreux : ses droits ne sont limités que pour les actes de disposition à titre gratuit.

La femme n'a sur les biens communs aucun droit d'administration pendant le mariage : les dettes qu'elle contrac-

[1] Lehr, *Op. et loc. cit.*, p. 359.
[2] *Landrecht* pruss., II, 1, § 165.

Digitized by Google

terait ne seraient pas exécutoires sur les biens de la communauté, hormis celles qui auraient pour cause les besoins du ménage, et qu'elle est autorisée à contracter en vertu d'un mandat tacite du mari.

A la dissolution de la communauté, qui a lieu par la mort de l'un des époux, le divorce ou la séparation de biens judiciaire, mais non par la séparation de corps, la communauté se partage entre l'époux survivant et les enfants, ou les héritiers de l'époux prédécédé, d'après des règles qui varient suivant les contrées, et dans l'examen desquelles nous n'avons pas à entrer.[1]

**47.** — Sous le régime de la communauté des meubles, *Gemeinschaft der fahrenden Habe*, les règles de la composition de la communauté et de l'administration des biens qui la composent, ainsi que de l'administration du patrimoine personnel de la femme, sont à peu près les mêmes que celles de la communauté légale, en droit français ; toutefois, à la dissolution de la communauté, la règle du partage de l'actif social par moitié entre les deux époux, ou entre l'époux survivant et les représentants de l'époux prédécédé, n'est point admise d'une manière uniforme, pas plus que pour la communauté universelle.

**48.** — Dans le régime de la communauté d'acquêts, *Errungenschaftgemeinschaft*, l'actif social ne se compose, comme le nom l'indique, que des biens achetés pendant le mariage avec les économies réalisées par les époux : ceux-ci conservent comme propres les biens qui leur appartenaient au moment de la célébration du mariage ou qu'ils acquièrent plus tard par succession ou donation.

Quant aux dettes, les dettes antérieures au mariage restent propres à l'époux ; et les dettes contractées par le mari, chef de la communauté, ou par la femme dans la limite du mandat tacite qu'elle est réputée tenir de son mari pour les besoins du ménage, grèvent seules la communauté.

[1] *Voir* Lehr, *Op. et loc. cit.*, p. 363-364.

Digitized by Google

Mais, à la différence des principes admis par le droit français, où le paiement des dettes de communauté ne peut être poursuivi, vis-à-vis de la femme, que sur ce qu'elle a recueilli dans la communauté, le droit germanique admet que la femme est tenue subsidiairement sur ses biens propres des dettes de communauté, à concurrence de la quote-part qu'elle prend dans l'actif, la moitié, un quart, etc...[1]

**49.** — III. *Régime dotal et régime de l'usufruit marital.* — Le régime dotal, organisé avec des principes analogues à ceux du régime de la dot dans le dernier état du droit romain, ne constitue dans les pays germaniques qu'un régime d'exception : on le rencontre dans quelques provinces de la Prusse, et dans la Bavière, le Mecklembourg et la Hesse.

Mais, à côté du régime dotal, on trouve, surtout dans la Saxe, un régime qui s'en rapproche, le régime de l'usufruit marital, *System des ehemœnnlichen Nieszbrauchs ;* ce système attribue au mari tous les droits et toutes les obligations de l'usufruitier sur les biens qui appartiennent à la femme, sauf l'obligation de fournir caution, et à la charge d'entretenir la femme et les enfants conformément à leur condition sociale.[2]

Il diffère du régime dotal en un point essentiel : c'est que l'usufruit du mari est le même sur tous les biens qui appartiennent à la femme, qu'ils soient dotaux ou qu'ils soient paraphernaux.

Quant à la femme, elle conserve et exerce tous les droits qui ne sont pas incompatibles avec le droit d'usufruit du mari.

[1] Lehr, *Op. et loc. cit.*, p. 367-369.
[2] Lehr, *Op. et loc. cit.*, p. 370.

Digitized by Google

## § II

### *Droit russe.*

**50.** — D'après la loi civile russe, le régime matrimonial est un régime de séparation de biens absolu : les biens présents et à venir des deux époux restent complétement distincts les uns des autres, les dettes contractées par l'un des époux n'obligent pas l'autre ; et chacun d'eux, la femme comme le mari, peut administrer, hypothéquer ou aliéner ses biens sans le consentement de l'autre.

Mais si telle est la loi, les mœurs sont, paraît-il,[1] en contradiction avec elle : par suite de l'obéissance que la femme doit à son mari, et sans qu'il intervienne un contrat formel pour régir leurs relations matrimoniales, le régime de fait sous lequel vivent les époux russes est plutôt un régime de communauté qu'un régime de séparation de biens.

Toutefois la femme, malgré ses devoirs d'obéissance, y jouit d'une indépendance exceptionnelle pour la jouissance et la disposition de ses biens propres, indépendance comparable à celle que nous verrons consacrée par la nouvelle législation de l'Angleterre.

**51.** — En Pologne, d'après la loi du 23 juin 1825, le régime matrimonial des époux qui se marient sans contrat est analogue à la *Güterverbindung* du droit germanique, et au régime exclusif de la communauté du droit français.

Le mari administre seul les biens de la femme et en perçoit tous les revenus, avec l'obligation de supporter les charges du ménage ; il n'y a d'exception que pour les revenus que la femme peut tirer d'un commerce séparé, d'une industrie, d'un art ou de ses talents : ces revenus lui de-

[1] Lehr, *Éléments de droit civil russe*, p. 41 et 45.

Digitized by Google

meurent propres. Mais le mari n'est qu'un administrateur des biens de la femme, et il ne pourrait, sans son consentement, aliéner ou hypothéquer les biens qui composent la fortune de celle-ci.

Si le mari, par sa mauvaise administration, met la fortune de la femme en péril, elle peut demander aux tribunaux qu'on lui en restitue la libre administration et la jouissance.

Les époux peuvent modifier dans une très large mesure par leur contrat de mariage ce régime légal : ils peuvent notamment stipuler que la femme conservera l'administration de ses biens, sauf à concourir aux charges du ménage ; ils peuvent stipuler aussi que les immeubles de la femme seront inaliénables, même du consentement de celle-ci ; enfin ils peuvent établir entre eux une communauté de biens, aussi étendue qu'ils le jugent à propos, même une communauté universelle.[1]

**52.** — Dans les provinces baltiques, le droit commun est aussi un régime analogue à la *Güterverbindung*, régime plus ou moins modifié suivant la province : le mari a l'administration et la jouissance des biens de la femme, et il n'y a entre eux aucune communauté.

Au contraire, d'après les *Stadrechte* de Narva et des villes livoniennes, il existe entre les époux une communauté universelle : seulement, on en excepte les immeubles ruraux et les biens que les époux se sont réservés propres par leur contrat de mariage. Le mari administre la communauté, il en a la jouissance, et il peut même disposer des biens qui la composent, excepté des immeubles inscrits au nom de la femme ou achetés en commun pendant le mariage ; il ne peut disposer de ceux-ci qu'avec l'assentiment de sa femme.[2]

[1] Lehr, *Op. cit.*, p. 48-52.
[2] Lehr, *Op. cit.*, p. 56-62.

Digitized by Google

## § III

### *Droit Italien.*

**53.** — L'étude du droit italien présente un intérêt particulier, à divers points de vue : en premier lieu, le Code civil italien est récent, il date de 1865, et il est intéressant de voir sur quelles bases a été organisée cette loi nouvelle, dans un pays voisin du nôtre. En second lieu, l'Italie a vécu jusqu'en 1865 sous l'empire du Code civil français, et les modifications qui y ont été apportées méritent d'être étudiées.

La loi italienne n'admet que deux régimes : le régime dotal et le régime de la société d'acquêts. Les futurs époux peuvent joindre la société d'acquêts au régime dotal ; mais, que la communauté qu'ils adoptent soit principale ou qu'elle soit jointe à la constitution dotale, elle ne peut jamais comprendre que les acquêts :

« Il n'est pas permis aux époux de contracter d'autre « communauté universelle de biens que celle des acquêts » (article 1433).[1]

**54.** — L'organisation du régime dotal est à peu près la même que celle du régime dotal français. Toutefois les cas dans lesquels la dot peut être aliénée pendant le mariage ne sont pas limités, et les tribunaux ont un pouvoir souverain pour autoriser cette aliénation :

« ..... La dot ou les droits dotaux de la femme ne peu-
« vent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage en
« faveur de qui que ce soit, et ces droits ne peuvent être
« non plus réduits ou restreints que du consentement du
« mari et de la femme, et au moyen d'une ordonnance du

[1] *Code civil italien*, Trad. Orsier, II, p. 303-304.

Digitized by Google

« tribunal, qui peut en donner l'autorisation *dans les cas « seulement de nécessité ou d'utilité évidente* »[1] (article 1405).

De plus, après la dissolution du mariage, les biens dotaux peuvent être poursuivis pour le paiement des dettes contractées par la femme pendant le mariage (article 1407).

**55.** — Notons enfin qu'il n'y a point de régime légal, de droit commun, pour les époux qui n'ont pas fait de contrat ; et la loi italienne ne dit pas sous quel régime sont mariés les époux qui n'ont pas fait de contrat. Toutefois, comme l'article 1424 décide que tous les biens de la femme qui n'ont pas été constitués en dot sont paraphernaux, il semble que ce sont les règles de la paraphernalité qui devront être appliquées dans ce cas.[2]

**56.** — L'ensemble de ces dispositions soulève, à notre avis, plusieurs critiques.

Nous n'admettons pas, d'abord, que la loi n'indique pas clairement sous quel régime seront mariés les époux qui n'ont pas fait de contrat : la loi doit prévenir ces époux, très nombreux probablement en Italie comme ils le sont chez nous, des conséquences qui vont résulter pour eux de l'absence de contrat.

Nous ne recherchons pas, en ce moment, quel doit être le régime de droit commun ; mais nous disons qu'il en faut un, et que cette prétendue indépendance laissée aux parties par la loi italienne est en réalité une absence de protection.

**57.** — Dans l'organisation du régime dotal, c'est-à-dire d'un régime de protection pour la dot, nous ne pouvons approuver un système qui permet de poursuivre la dot, à la dissolution du mariage, pour les dettes contractées par la femme pendant le mariage : la dot ne doit pas servir seulement aux époux tant que dure la vie commune, elle doit

[1] *Code civil italien*, Traduct. Orsier, p. 298.
[2] Huc, *le Code civil italien*, III, § 8, I.

Digitized by Google

encore être conservée pour les enfants. Au contraire, dans le système italien, la protection donnée à la dot n'est que temporaire : au lieu de dire que la dot est inaliénable, il serait plus exact de dire, dans ce système, que la femme peut l'engager par ses obligations, mais que l'effet de ces engagements est suspendu pendant le mariage.

Est-ce là l'esprit du régime dotal ? Nous ne le croyons pas.

**58.** — Enfin nous approuvons bien moins encore l'interdiction faite aux époux de stipuler une communauté plus étendue que la communauté d'acquêts. La liberté pour les époux de fixer comme bon leur semble leurs conventions matrimoniales, proclamée dans l'article 1387 du Code civil français, est inspirée par des idées beaucoup plus élevées que les restrictions du Code italien : pourquoi, en effet, défendre aux époux l'adoption de la communauté universelle, l'union complète de leurs intérêts ? Pourquoi les obliger à adopter l'un ou l'autre de ces deux régimes, le régime dotal ou la société d'acquêts, et quel peut être le motif de cette défiance légale contre la communauté universelle, la communauté mobilière, etc... ?

Nous croyons que le régime plus large et plus libéral de notre Code civil valait mieux, sauf à donner au régime dotal la place plus importante qui lui convenait dans la législation de l'Italie, la terre classique de la dotalité.

## § IV

### *Droit Espagnol.*

**59.** — Le droit espagnol reconnaît deux sortes de régimes matrimoniaux : le régime dotal et le régime de la communauté d'acquêts. Mais, à la différence du droit italien, où la communauté d'acquêts n'existe qu'à la condition d'être expressément stipulée, dans le droit espagnol, cette com-

Digitized by Google

munauté existe de plein droit, et par cela seul que les époux n'y ont pas renoncé au moment de la célébration du mariage.[1]

**60.** — Le régime dotal espagnol confère au mari, qualifié de maître de la dot, des pouvoirs plus ou moins étendus, suivant que la dot est ou non estimée.

Si la dot n'est pas estimée, le mari en a l'administration et la jouissance : il en perçoit les fruits, à charge de subvenir aux charges du ménage. Mais il ne peut disposer d'aucun des biens dotaux, à moins qu'il ne s'agisse de choses fongibles ; et, à la dissolution du mariage ou à la cessation de la vie commune, il devra restituer la dot qu'il a reçue.

Si la dot est estimée, le mari en devient propriétaire, et il peut en disposer à son gré, à la charge de restituer à la dissolution du mariage le montant de l'évaluation qui en a été faite. Il n'y a d'exception que pour les immeubles qui seraient inscrits comme dotaux sur les registres hypothécaires : alors le mari ne peut les aliéner ou les hypothéquer qu'avec le consentement de sa femme.[2]

**61.** — Une différence très importante sépare le régime dotal espagnol du régime dotal de France et d'Italie, du régime dotal romain en un mot ; en effet, la dot n'y est pas inaliénable, et, au cas où elle est aliénée, la femme n'a point d'action contre les acquéreurs, mais seulement un recours contre son mari.

On a fait remarquer, à ce propos, que l'inaliénabilité n'était pas de l'essence du régime dotal : cela est vrai, mais elle est tellement et depuis si longtemps associée à l'idée du régime dotal qu'il est difficile de les séparer. Dans le régime dotal sans inaliénabilité, nous ne reconnaissons plus le régime dotal.

**62.** — La communauté légale du droit espagnol n'est, comme nous l'avons dit, qu'une société d'acquêts, qui se

[1] Lehr, *Élém. de droit civil espagnol*, p. 120-121.
[2] Lehr, *Op. cit.*, p. 105.

Digitized by Google

compose des fruits et revenus des biens que les époux possédaient au moment du mariage ou ont acquis depuis, sans distinction entre les biens dotaux ou les biens paraphernaux de la femme. Elle comprend aussi les revenus que les époux, ou l'un d'eux, peuvent tirer d'une industrie ou d'une fonction quelconque ; et enfin tous les biens que l'un ou l'autre des époux acquiert pendant le mariage à titre onéreux.

Le mari administre seul cette communauté, avec les pouvoirs les plus étendus ; à ce titre, les actes d'aliénation par lui faits doivent être respectés, pourvu qu'on n'y puisse pas voir une fraude aux droits de la femme.

A la dissolution du mariage ou à la séparation de corps, la communauté se partage par moitié entre les époux ou leurs représentants.[1]

## § V

### *Droit Anglais.*

**63.** — La législation anglaise sur les rapports pécuniaires des époux et les droits du mari et de la femme mérite toute l'attention du jurisconsulte, car elle vient d'être l'objet, nous ne disons pas d'un changement, mais d'un complet bouleversement. A l'ancienne incapacité de la femme mariée, au système traditionnel qui, analogue à la *manus* romaine, absorbait presque complétement le patrimoine et la personnalité juridique de la femme dans le patrimoine et la personnalité juridique du mari, des lois récentes, *The married women's property acts*, de 1870, 1874 et de 1882, ont substitué un régime de complète indépendance pour la femme.

[1] Lehr, *Op. cit.*, p. 120-125.

Digitized by Google

Ce régime nouveau peut se traduire d'un mot : la femme qui, usant du bénéfice de ces lois, s'est constitué une propriété séparée, *separate property*, pourra l'administrer et l'aliéner avec la même liberté qu'une femme non mariée, « *In the same way as if she were a feme sole.* »[1]

Pour bien comprendre la portée de cet état de choses nouveau, nous allons indiquer le régime antérieur à l'acte de 1870 ; puis nous verrons quelles modifications y ont été apportées par les actes de 1870, de 1874 et de 1882.

**64.** — Avant 1870, le système de la *common law* attribuait au mari la propriété complète et sans réserve de tous les biens meubles appartenant à la femme, et de tous les gains qu'elle pouvait faire pendant le mariage : le mari n'avait aucun compte à en rendre à la dissolution du mariage.

Quant aux immeubles de la femme, le mari en avait l'administration et la jouissance personnelle : toutefois il ne pouvait les aliéner, même avec le consentement de sa femme.

La femme n'avait aucune personnalité civile : elle ne pouvait ni ester en justice, ni faire aucun acte, avec ou sans le concours de son mari, ni même tester.[2] Il n'y avait d'exception que pour les biens réels, *real property*, c'est-à-dire pour les immeubles possédés avec le caractère de fief à perpétuité : la femme pouvait les aliéner avec l'autorisation de son mari, et avec l'intervention de la justice, dont la mission était d'éclairer la femme sur la portée de l'acte qu'elle allait passer.

**65.** — La jurisprudence des cours d'équité avait réagi contre ce système d'absorption de la personnalité juridique de la femme mariée, et avait permis de constituer à celle-ci un patrimoine propre, *separate estate*, soit par les conventions

[1] *Act* du 14 février 1882, sect. II.

[2] Glasson, *Hist. du droit et des institutions en Angleterre*, VI, VIII^e partie, Chap. II, § 280 ; Lehr, *Éléments de droit civil anglais*, p. 70-80.

Digitized by Google

passées avant le mariage par les futurs époux, soit par la donation ou le testament que des tiers feraient pendant le mariage au profit de la femme, sous la condition expresse que les biens à elle donnés ou légués lui resteraient propres.

Pour atteindre ce résultat, on désignait une personne, appelée *trustee*, ou fidéicommissaire, et qui était parfois un tiers, parfois le mari lui-même : les biens de la femme, au lieu d'être remis au mari en sa qualité de mari, étaient remis au *trustee*, qui les possédait pour le compte de la femme. A ce moyen, la femme conservait à la fois l'administration de ses biens propres, par son mandataire, et le droit d'en disposer.

**66.** — L'acte du 9 août 1870 décida que les profits réalisés par la femme dans tout emploi, industrie ou commerce, ou par suite de travaux littéraires, artistiques ou scientifiques, les biens meubles et le revenu des immeubles seraient affectés à son usage, sans contrôle de son mari.

Les femmes étaient par suite autorisées à placer en leur nom les fonds leur appartenant, sauf recours des créanciers du mari, dans le cas où le placement fait au nom de la femme ne serait qu'un placement des deniers du mari fait en fraude de leurs droits.

Le même acte autorisait la femme à contracter à son profit une assurance sur sa vie ou sur celle de son mari. De plus, si le mari faisait une assurance sur sa vie, au profit de sa femme et de ses enfants, le capital assuré appartenait à ceux-ci sans aucune action possible de la part du mari ou de ses créanciers : ceux-ci n'avaient que le droit de prélever une somme égale au montant des primes payées, dans le cas où l'assurance aurait été faite et les primes payées en fraude de leurs droits.[1]

**67.** — L'acte de 1874 a remédié à un danger que présentait l'acte de 1870 : sous l'empire de cette première loi, le mari était affranchi de toute poursuite des créanciers de

[1] Lehr, *Op. cit.*, p. 87-89.

Digitized by Google

la femme quant aux dettes de celle-ci antérieures au mariage, sauf à ces créanciers à agir sur les biens personnels de la femme ; mais, si la femme ne s'en était pas constitué, les créanciers n'avaient aucune action ni contre le mari, ni contre la femme.

L'acte de 1874 a été inspiré par cette pensée, très équitable, que le mari devait être responsable des dettes de la femme antérieures au mariage, dans la mesure où il devenait propriétaire des biens de celle-ci ; et il a décidé que les créanciers de la femme pouvaient désormais poursuivre les deux époux conjointement, sauf au mari à obtenir sa mise hors de cause totale ou partielle, s'il prouvait qu'il n'avait rien recueilli de la fortune de sa femme, ou qu'il n'en avait recueilli qu'une portion inférieure aux dettes dont le paiement était réclamé.

**68.** — Enfin la loi de 1882, *An act to consolidate and amend the acts relating to the property of maried women*, exécutoire à dater du 1er janvier 1883, est venue refondre les lois antérieures qu'elle abroge et compléter l'émancipation de la femme mariée.

La portée de cette loi, comme le dit très bien notre savant collègue, M. Esmein,[1] est indiquée dans la section première, aux termes de laquelle la femme mariée « est capable d'ac-
« quérir et tenir comme sa propriété séparée tout bien réel
« et personnel, et d'en disposer par testament ou autrement
« de la même manière que si elle était non mariée (*In the*
« *same way as if she were a feme sole*), et sans qu'il soit be-
« soin de l'intervention d'un *trustee*. »

Ainsi la femme a désormais une personnalité juridique distincte de celle du mari : elle possède comme propriété séparée, comme propres, tous les biens dont elle est propriétaire au moment du mariage, ou qu'elle acquiert au cours du mariage par succession, ou à titre de gains ou de bénéfices dans l'exercice d'une profession séparée, ou par ses talents littéraires ou artistiques.

[1] Sur *La condition privée de la femme* de M. Gide, p. 262-263.

Digitized by Google

Elle peut posséder ces divers biens et en acquérir d'autres seule, sans l'intervention d'aucun *trustee :* elle a seule l'administration et la jouissance de sa fortune, et elle peut en disposer seule, sans l'autorisation de son mari ni l'intervention de la justice, à titre gratuit ou onéreux, et cela qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles.

Elle peut s'obliger par contrat, jusqu'à concurrence de ses propres ; à ce titre elle peut contracter une assurance sur la vie, soit sur sa tête, soit sur celle de son mari, tandis que le mari ne peut pas contracter d'assurance sur la vie de sa femme, par le motif qu'avec le régime nouveau de la propriété séparée, il n'a aucun intérêt matériel à la prolongation de la vie de sa femme.

Elle peut ester en justice seule, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, en matière civile et en matière de délits (*in tort*) : elle bénéficie seule des condamnations qui interviennent à son profit, et supporte seule celles qui sont prononcées contre elle. Enfin elle est seule tenue des dettes par elle contractées antérieurement au mariage, sauf dans la mesure où le mari aurait acquis un droit sur ses biens.[1]

**69.** — La loi anglaise permet à la femme, qui s'est constitué une propriété à titre de *separate use,* de se protéger contre ses propres entraînements au moyen de la clause de *restriction against anticipation* : à ce moyen la femme ne peut, pendant la durée du mariage, ni aliéner ses biens, ni les engager par l'effet de ses obligations, ni même disposer à l'avance de ses revenus.[2]

Cette incapacité de la femme doit être établie au moment du mariage, par la convention ou *settlement* qui règle leurs intérêts pécuniaires. Observons que ces conventions de mariage ne doivent pas être, comme chez nous, revêtues de la forme notariée, car il n'y a pas en Angleterre d'officier ministériel chargé de donner l'authenticité aux conventions

[1] Lehr, *Op. cit.,* p. 90-98.
[2] Esmein, *Op. cit.,* p. 266-267.

Digitized by Google

des parties : elles doivent seulement être faites par écrit, et signées des parties, futurs époux ou donateurs, si l'acte contient des donations.[1]

Les biens qui sont ainsi frappés d'inaliénabilité par la femme peuvent être soit ses biens présents, soit ses biens à venir. Un donateur ou testateur pourrait aussi frapper du *restraint on anticipation* les biens qu'il donne ou lègue à la femme.

Ces biens pourront toutefois être aliénés ou engagés avec la permission de justice, lorsqu'il en résultera pour la femme un avantage évident.

70. — Telle est la législation actuelle de l'Angleterre, qui n'a fait d'ailleurs en cela que suivre la législation des États-Unis, notamment celle de l'État de New-York : c'est, au point de vue du droit civil, l'émancipation la plus complète de la femme mariée, c'est la dualité des patrimoines, de leur administration, de leur jouissance et de leur disposition. Désormais, entre le mari et la femme, il n'y a rien de commun dans leurs intérêts pécuniaires : leurs fortunes ne sont pas unies, elles sont juxtaposées, et chacun fait de la sienne ce que bon lui semble, à moins que les conventions pécuniaires rédigées avant le mariage ne viennent donner au mari des pouvoirs d'administration et de jouissance que la loi lui enlève.

« Cette législation, dit M. Esmein, a été très favorable-
« ment accueillie par la presse et par le public ; mais il
« semble qu'elle ait trouvé auprès des juristes de profes-
« sion un accueil moins favorable. Les jurisconsultes pous-
« sent souvent très loin l'esprit de conservation ; ils savent
« d'ailleurs quels pièges inconnus recèle parfois la réforme
« radicale d'un droit ancien, auquel on avait su se faire
« malgré ses vices, et dont on connaissait tous les dé-
« tours. »[2]

[1] Lehr, *Op. cit.*, p. 109-111.
[2] *Op. cit.*, p. 269.

Digitized by Google

Nous sommes, il faut l'avouer, tout à fait de l'avis des juristes.

En premier lieu, un changement aussi radical dans une législation plusieurs fois séculaire nous effraie : lorsqu'il y a des changements reconnus nécessaires, ce n'est pas ainsi qu'ils doivent se faire, ils doivent être introduits progressivement et sans bouleverser la législation sous prétexte de l'améliorer. *Nemo procedit per saltum* : telle doit être la devise du législateur.

En second lieu, cette émancipation de la femme ne nous paraît pas plus désirable au point de vue civil qu'au point de vue politique, où elle est l'objet de si bruyantes réclamations à l'heure actuelle : la subordination de la femme au mari, le maintien de l'épouse et de la mère au foyer domestique nous semblent être des garanties d'union et de bonheur pour tous. A chacun son rôle dans le ménage : « Les attributions domestiques ne sont point les mêmes « pour les deux époux : l'affaire de l'homme est d'acquérir, « celle de la femme est de conserver », disait Aristote,[1] et nous croyons que, après les siècles écoulés, ces paroles sont aussi vraies qu'au jour où elles ont été écrites.

## § VI

### *Droit des États-Unis.*

**71.** — Les explications que nous venons de donner sur la législation anglaise vont nous permettre d'être très bref sur la législation des États-Unis. C'est en effet au droit des États-Unis, en particulier de l'État de New-York, de Massachussets, etc., qu'a été empruntée la nouvelle loi anglaise sur la situation de la femme mariée.

[1] *Polit.*, III, 2, 10.



Digitized by Google

Nous trouvons donc aux Etats-Unis, comme aujourd'hui en Angleterre la femme mariée investie des droits d'administration, de jouissance et de disposition de son patrimoine comme une femme non mariée, *as if she were a feme sole.*

**72.** — Signalons seulement une particuliarité très intéressante de la législation américaine, l'organisation du *homestead* : la plupart des Etats, notamment ceux de New-York, de l'Illinois, du Minnesota, de la Louisiane, etc., déclarent insaisissable et exempt de tout droit de succession le domaine sur lequel vivent les époux, le *home;* les bestiaux, outils et meubles garnissant le domaine jouissent du même privilège.

L'étendue du *homestead* varie suivant les états : mais le caractère d'insaisissabilité dont il est revêtu subsiste, après la mort ou le départ du chef de famille, au profit de la mère, et ensuite au profit des enfants, pourvu qu'ils habitent réellement.

Claudio Jannet, *les États-Unis contemporains,* Chap. XIII, § III.

Digitized by Google

## SECTION IV

### *Du contrat de mariage au point de vue économique.*

72. — Entre les divers régimes matrimoniaux que nous a fait connaître l'étude du passé, ou l'examen sommaire des législations étrangères, lequel doit être préféré à l'autre ? Jadis la question ne se posait qu'entre les régimes de protection de la dot et les régimes de liberté : aujourd'hui le cadre s'élargit, et, à côté de la lutte séculaire entre le régime dotal et les régimes en communauté, naît une autre question, plus grave encore : ne doit-on pas donner à la femme une indépendance complète dans le mariage, et lui attribuer des pouvoirs égaux à ceux du mari ?

Tels sont, comme nous l'avons vu, le système anglais et le système américain.

C'est aussi le système que propose un savant jurisconsulte, M. Laurent, dans l'*Avant-projet de révision du code civil* préparé par lui sur la demande du Ministre de la justice de Belgique, avant-projet auquel la chute du dernier ministère Belge a enlevé son caractère officiel, mais qui demeure avec l'autorité du jurisconsulte dont il est l'œuvre.[1]

L'article 1452 de cet avant-projet est ainsi conçu : « La com-« munauté est administrée par les deux époux conjointe-« ment ». Aux termes de l'article 1453, la femme peut faire

[1] Bruxelles, 1885, 5 vol. in-4°.

Digitized by Google

seule les actes d'administration journalière ; et, d'après l'article 1454, les actes de disposition des biens de la communauté, à titre gratuit ou onéreux, ne peuvent être consentis que par les époux conjointement.

Ce système rompt avec toutes les traditions, mais, d'après M. Laurent, c'est là ce qui fait sa supériorité : « La « tradition, dit-il, est un mauvais guide pour le légis- « lateur. »[1]

Il peut provoquer, et, dans notre pensée, il provoquera nécessairement de nombreux conflits dans le ménage ! Mais M. Laurent a une procédure toute prête pour y remédier : « Si la femme refuse de consentir à un acte d'administra- « tion, le mari citera la femme en conciliation. Si le juge « de paix ne parvient pas à concilier les époux, la demande « sera portée devant le tribunal d'arrondissement. Après « que les parties auront été entendues en chambre de con- « seil, le tribunal décidera, sur les conclusions du minis- « tère public, si l'acte peut être fait, en prenant en considé- « ration l'intérêt du demandeur et de sa famille.[2]

La femme peut abuser du pouvoir « d'administration » « journalière » que la loi lui confère : mais, là encore, M. Laurent offre le remède du recours aux tribunaux, qui pourront prononcer la nullité des engagements souscrits par la femme, et même la déclarer déchue de son pouvoir d'administration (article 1460).

Quant à l'ancienne puissance maritale que ce système fait disparaître, M. Laurent y voit l'expression d'un système suranné et dangereux : « Maintenir l'inégalité « dans la « société conjugale, ce serait régir la société des époux qui « se marient au XIXe siècle par une loi qui est l'expression « de l'état social du moyen-âge ».[3]

Et plus loin :

[1] Tome V, p. 58.
[2] Tome V, p. 46.
[3] Tome V, p. 45.

Digitized by Google

« ... Le despotisme est un vice, et comme tel mauvais en « essence. Je crois que le pouvoir absolu ne vaut pas mieux « dans la famille que dans l'Etat ». [1]

**74.** — Ce système de M. Laurent, n'a rien de nouveau, au moins dans ses parties essentielles, et nous sommes frappés de l'analogie qu'il présente avec le premier projet de Cambacérès.

Le 9 août 1793, Cambacérès faisait le rapport à la Convention sur ce projet. Les articles 11, 12 et 13 du Titre III, *Des droits des époux*, renfermaient les dispositions suivantes :

Article 11. — « Les époux ont et exercent un droit égal « pour l'administration de leurs biens ».

Article 12. — « Tout acte emportant vente, engagement, « obligation ou hypothèque sur les biens de l'un ou de « l'autre n'est valable que s'il est consenti par l'un et l'autre « des époux. »

Article 13. — « Les actes ayant pour objet de conserver « les droits communs ou individuels des époux peuvent « être faits séparément par chacun d'eux. » [2]

Pour justifier ces dispositions, voici comment s'exprimait Cambacérès :

« Cette innovation (l'administration commune) éprouvera « peut-être des critiques : elles auront leur réponse dans « ce principe d'égalité qui doit régler tous les actes de « notre organisation sociale. » [3]

Tels sont bien les idées et le langage de M. Laurent :

« Il (le pouvoir absolu du mari) s'est introduit à une époque où le despotisme était le droit divin. Depuis 1789, « c'est la liberté et l'égalité qui sont de droit divin, et l'égalité est aussi le meilleur des régimes économiques. » [4]

[1] Tome V, p. 52.
[2] Fenet, I, p. 20.
[3] Fenet, I, p. 5.
[4] Tome V, p. 48.

Digitized by Google

Ajoutons que l'égalité absolue de la femme dans le mariage, au point de vue des intérêts pécuniaires, n'est pour M. Laurent que l'application d'un système plus général : à l'imitation de Cambacérès, il supprime complètement la puissance maritale, le devoir de protection du mari et le devoir d'obéissance de la femme, et, s'il n'abolit pas complètement la puissance paternelle, comme le faisait Cambacérès, du moins il l'affaiblit et l'annihile dans une large mesure.

75. — Déjà nous avons dit, en étudiant les innovations de la loi anglaise, que cette indépendance absolue de la femme nous semble en contradiction complète avec sa nature, avec son rôle dans le ménage : n'a-t-elle pas assez à faire au foyer domestique dont elle est l'âme, auprès de ses enfants dont l'intelligence et le cœur se développent à ses leçons, à côté de son mari qui trouve au foyer le repos, le calme et souvent la force dont il a besoin pour les luttes de la vie ?

Nous ne nous faisons pas l'idée de la femme et du mari allant, chacun de leur côté, et à l'insu l'un de l'autre, débattre leurs intérêts, se livrer à des spéculations, engager et peut-être compromettre leur patrimoine ; dans cette vie tout extérieure, que devient la maison, le *home* ? Nous voyons bien ce que la femme et avec elle la famille perdent à cette prétendue indépendance, que nous appellerons, nous, de l'anarchie, mais nous demandons ce qu'elles y gagnent.

La législation doit laisser à chacun des époux le rôle auquel ses aptitudes le destinent, au mari l'autorité, à la femme une dépendance pour les affaires extérieures qu'expliquent sa nature et l'importance de son rôle dans les affaires intérieures, dans le gouvernement du ménage.

Cicéron l'a dit excellemment : « *A naturâ comparata est* « [*opera*] *muliebris ad domesticam diligentiam, viri autem* « *ad exercitationem forensem et extraneam* ».

Il ajoute : « *Quod simplex natura non omnes res commo-*

Digitized by Google

« *das amplecti valebat, idcirco alterum alterius indigere* « *voluit : quoniam, quod alteri deest, præsto plerumque est* « *alteri.* »[1]

Les aptitudes des deux époux sont restées les mêmes qu'au temps de Cicéron : pourquoi changer leur rôle, et donner à la femme des attributions si périlleuses pour ses intérêts et parfois pour sa dignité ?

Le mariage, comme le comprend l'Avant-projet de M. Laurent, ce n'est plus cette union forte et perpétuelle entrevue par les jurisconsultes romains, et si magnifiquement réalisée par le christianisme, dans laquelle le mari, et la femme, appuyée sur lui et dirigée par lui, traversent la vie, en accomplissant chacun la tâche à laquelle Dieu l'a destiné : c'est une association d'intérêts qui devront se heurter sans cesse, une société où tout le monde commande, où personne n'obéit.

Le despotisme est un vice, dit M. Laurent. Nous sommes tout à fait de son avis. Mais autre chose est le despotisme, autre chose l'autorité ; nous croyons que l'anarchie ne vaut pas mieux dans la famille que dans l'État.

L'autorité du mari nous paraît nécessaire, dans l'ordre moral, à la paix et au bonheur de la famille ; et, dans l'ordre pécuniaire, au crédit du mari et par suite à la prospérité du ménage : aussi n'hésitons-nous pas à repousser, en législation, tout système qui tend à donner à la femme des droits égaux à ceux du mari.

**76.** — Parmi les régimes qui, tout en reconnaissant la suprématie du mari, se divisent sur l'étendue de ses pouvoirs, la lutte s'établit d'abord entre le système coutumier de la communauté et le système romain du régime dotal.

Nos préférences sont pour le régime en communauté.

Nous le trouvons d'abord mieux approprié à la nature de l'union conjugale, *consortium omnis vitæ*. Nous savons bien que quelques jurisconsultes traitent fort dédaigneu-

[1] *Æconomica*, Frag. 4, *Edit. Tauchnitz*, X, p. 342.

Digitized by Google

sement ce motif : « Ces banalités sentimentales nous tou-
« chent peu, dit M. Huc, et nous ne voyons aucun rapport
« entre les intérêts pécuniaires et les affections du cœur. »[1]

Si par banalité on entend une idée depuis longtemps accréditée, nous acceptons l'expression : il est certain, en effet, que depuis bien des siècles ceux qui ont réfléchi au caractère de l'union conjugale ont été frappés de cette idée que, dans une union aussi intime, les intérêts devaient être mis en commun comme les existences. « *Duo in carne una*, « disait Tertullien, *ubi et una caro, unus spiritus.* »

N'y a-t-il pas, en effet, dans tout mariage digne de ce nom, un but que les deux époux poursuivent ensemble, et auquel la communauté se prête merveilleusement, assurer l'avenir de leurs enfants ? N'est-ce pas la fin vers laquelle tendent leurs préoccupations journalières, et qu'ils atteindront d'autant plus facilement qu'ils uniront leurs patrimoines, comme ils unissent leurs travaux et leurs fatigues ?

« Ce qui soutient le parti de la communauté légale, di-
« sait Lebrun, est que l'ordre de la nature, et un décret
« supérieur à l'ordre naturel, ayant donné à l'homme une
« dépositaire de ses pensées, une compagne de ses travaux ;
« le soulagement des soins domestiques, la consolation des
« embarras du dehors, l'ornement de sa maison, en un
« mot, une possession légitime, il était juste que dans une
« liaison si particulière il se fît une communication réelle
« de la bonne et de la mauvaise fortune, afin que la femme
« s'intéressât d'autant plus à recueillir les fruits du travail
« du mari, et à dispenser à propos par sa conduite ce qu'il
« amasse par son industrie, à ménager une précieuse subs-
« tance, si difficile à acquérir et si facile à perdre. »[2]

A un autre point de vue, la communauté de biens nous paraît préférable, car elle répartit également entre les époux les bénéfices réalisés pendant la durée du ménage, et qui

[1] *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, III, III, p. 260.
[2] *Traité de la communauté*, Chap. I, n° 23.

Digitized by Google

sont véritablement dus aussi bien à la femme qu'au mari : il a fallu en effet pour les conquérir que le mari travaillât, et que la femme économisât.

Sous le régime dotal, au contraire, toutes les économies, tous les bénéfices sont au mari : résultat tellement injuste que, dans les pays de régime dotal, les mœurs ont corrigé la loi, et qu'on rencontre le plus souvent le régime dotal accompagné d'une société d'acquêts, qui permet du moins une répartition plus équitable des bénéfices.

Enfin, sous le régime de la communauté, les biens de la femme, comme ceux du mari, sont de libre disposition : ces biens pourront subvenir aux besoins de la famille, être transformés suivant les nécessités du moment, et il suffira pour cela de l'accord des deux époux, souverains maîtres de leur patrimoine, sous la réserve du respect de l'autorité maritale, lorsqu'il s'agit de disposer des biens de la femme.

Les dotalistes, il est vrai, revendiquent comme le bienfait suprême du régime dotal cette inaliénabilité de la dot : elle est une sauvegarde contre les dépenses excessives du mari, et contre la faiblesse de la femme, une sécurité pour l'avenir de la famille, une garantie pour l'État, auquel importe la stabilité des familles.[1]

Sur ce terrain, la lutte est très vive, et la discussion ardente entre les partisans du régime de la communauté et les dotalistes.[2]

Pour nous, qui vivons dans un pays de régime dotal et qui le voyons à l'œuvre avec ses avantages et ses inconvénients, nous croyons que la somme des inconvénients dépasse beaucoup celle des avantages.

Il serait injuste, toutefois, de méconnaître qu'il peut être

[1] Voir Sacaze, *Introduction* au Traité de la dot de Roussilhe, p. 13 et suiv.

[2] Voir Homberg, *Abus du régime dotal*, p. 185 et suiv.; Marcel, *Du régime dotal et de la nécessité d'une réforme dans cette partie de notre législation ;* Troplong, *Du contrat de mariage*, Introduction, p. CLICLXVIII.

Digitized by Google

utile à la famille, en mettant du moins le patrimoine de la femme à l'abri des dilapidations du mari.

Mais ces dissipations du chef de la famille sont heureusement l'exception, et les contrats de mariage ne doivent pas être faits en vue de cette situation exceptionnelle. Or, dans ces ménages qui sont les plus nombreux, où le mari comme la femme cherchent à bien administrer leur fortune dans l'intérêt de leurs enfants, le régime dotal crée une série d'obstacles de toute nature.

« Ainsi, pour n'en citer qu'un exemple, la femme dotale ne peut s'obliger pour *améliorer* le fonds dotal, l'article 1558 du Code civil français ne le permettant que pour les grosses réparations nécessaires au fonds : voilà un obstacle infranchissable à toute amélioration, et qui ne voit cependant que le sol ou les bâtiments ne peuvent être condamnés à une immobilité absolue, sans grand préjudice pour le propriétaire, et que des constructions nouvelles, des aménagements nouveaux sont parfois aussi nécessaires pour tirer parti d'un immeuble que des réparations proprement dites ?

En se plaçant à un autre point de vue, et sur le terrain des avantages que procure l'inaliénabilité, d'après les dotalistes, deux ordres d'idées viennent singulièrement diminuer ces avantages.

En premier lieu, la jurisprudence, qui a fait de la dot mobilière un bien de libre disposition dans la main du mari, a restreint dans une large mesure la protection dont la dot était entourée ; avec le développement actuel de la fortune mobilière, il est singulier de voir les immeubles seuls garantis par l'inaliénabilité.

« N'est-il pas étrange, dit M. Sacaze, que la garantie de « l'inaliénabilité soit accordée à la femme qui apporte en « dot une cabane et un arpent de bruyère, et puisse être « refusée à celle qui possède cent mille livres de rente en « capitaux mobiliers ? »[1]

[1] *Traité de la dot de Roussilhe*, Introduction, p. XIX.

Digitized by Google

En second lieu, les fraudes au moyen desquelles on essaye d'aliéner la dot en dehors des cas prévus par la loi, et « de faire violence à la loi et à la conscience des juges », comme le dit M. Homberg, sont malheureusement très fréquentes.

« Nous avons la conviction, écrivait M. Homberg en 1869, « que nous ne serons démenti par aucun homme versé « dans la pratique des affaires, quand nous dirons qu'il est « peu d'exemples de maris voulant arriver, *per fas et nefas*, « à l'aliénation du bien dotal, et ne pouvant y parvenir. »[1]

Ce n'est pas nous qui démentirons M. Homberg, et le spectacle attristant des fraudes de toute nature que le régime dotal suscite, et des dangers auxquels ces fraudes exposent soit la dot, soit les tiers, est un motif grave pour nous faire préférer le régime de la communauté.

77. — Notre conclusion, toutefois, n'est pas celle de M. Homberg : « Un trait de plume passé sur le chapitre du régime dotal dans le Code civil, conclut-il, et notre législation demeurerait complète dans son unité. »

Pour nous, nous préférons le régime de la liberté des conventions matrimoniales, tel qu'il est organisé par les articles 1387 et 1391 : nous n'aimons pas ces traits de plume, qui, supprimant en un jour une institution vieille de plusieurs siècles, bouleversent les conditions sociales de toute une partie d'un grand pays. Le régime dotal est le régime national du Midi et de la Normandie, avec ses avantages et ses inconvénients : les uns et les autres y sont connus, et nous croyons qu'il vaut mieux l'améliorer, par une rédaction plus large et plus intelligente des contrats de mariage qui le renferment, que de le supprimer.

Laissons le temps faire son œuvre, et si le régime de la communauté est préférable, comme nous le croyons, laissons-le se développer sous l'empire du principe de liberté écrit dans les articles 1387 et 1391.

[1] *Abus du régime dotal*, p. 212.

Digitized by Google

Nous sommes très heureux de pouvoir citer, à l'appui de cette théorie de la liberté des conventions matrimoniales, l'autorité d'un jurisconsulte éminent, chez lequel l'érudition de l'historien s'allie, d'une manière si heureuse, à la science du jurisconsulte :

« Avec le principe de la liberté des conventions matrimo-« niales, dit M. Glasson, personne n'a le droit de se plain-« dre, et la loi échappe aux critiques sérieuses. La loi dit « aux époux : voilà deux régimes, la communauté et le ré-« gime dotal, qui répondront aux vœux de la majorité ; s'ils « ne vous conviennent pas, modifiez-les ou prenez même « un autre régime ; toutes vos conventions seront respec-« tées et deviendront la loi de votre famille, pourvu qu'elles « ne soient pas contraires à l'ordre public. »[1]

**78.** — D'ailleurs, si nous préférons le régime de la communauté de biens au régime dotal, parmi les régimes en communauté, toutes nos préférences sont pour la communauté réduite aux acquêts.

La communauté légale présente en effet, à notre avis, si on la compare à la communauté d'acquêts, deux causes d'infériorité.

D'abord, en présence du développement de la fortune mobilière dont nous parlions tout à l'heure à propos du régime dotal, la communauté légale offre une inégalité choquante dans la composition de l'actif : l'époux qui a une fortune mobilière importante la verra tomber dans la communauté légale, tandis que son conjoint, dont la fortune est immobilière, la conservera comme propre.

Puis, s'il ne naît pas d'enfants du mariage, et que les fortunes des deux époux soient inégales, l'adoption du régime de la communauté a pour résultat de dépouiller la famille de l'un des époux au profit de la famille de l'autre ; résultat d'autant plus regrettable qu'il était moins dans la pensée des époux, au moment où ils ont contracté mariage.

[1] *Éléments du droit français*, 2e édition, I, p. 223-224.

Digitized by Google

Au contraire, sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, aucun de ces inconvénients n'est à craindre : chacun des époux conserve comme propres ses biens présents et à venir, avec la liberté d'en disposer comme sous le régime de la communauté légale ; et la communauté ne se compose que des revenus des époux et des bénéfices qu'ils peuvent faire avec leur industrie ou leur commerce. Sous ce régime, on met en commun le produit des économies réalisées en commun : n'est-ce pas à cela que doit se réduire la communauté conjugale, sauf ensuite aux époux à se faire telles libéralités qu'ils voudront ?

Mais, pas plus que nous ne demandons l'abrogation du régime dotal, pas plus nous ne demandons la substitution de la communauté réduite aux acquêts comme régime de droit commun à la communauté légale.

Laissons la communauté d'acquêts faire son chemin sous le régime excellent de la liberté des conventions matrimoniales : nous croyons qu'elle est en progrès, mais ces progrès ne sont ni assez anciens ni assez complets pour que l'on puisse affirmer qu'elle est entrée dans nos mœurs, et qu'en en faisant le régime de droit commun le législateur se conformerait aux habitudes du pays.

Ce n'est que ce jour là qu'il serait opportun de modifier une législation qui a pour elle une longue possession, et dont les inconvénients ne sont pas assez graves pour nécessiter un remaniement immédiat, qui serait plus dangereux qu'utile.

Digitized by Google

Digitized by Google

# CODE CIVIL

## PLAN DE CE TRAITÉ

**79.** — Après avoir traité, dans le titre III, des contrats ou des obligations conventionnelles en général, et, dans le titre IV, des engagements qui se forment sans convention, le Code trace, dans les titres V à XVII, les règles spéciales des contrats les plus importants.

C'est par le contrat de mariage qu'il commence, et l'importance de ce contrat, que nous avons indiquée,[1] justifie l'ordre suivi par le Code.

**80.** — Le titre *Du contrat de mariage*, comme l'ont compris les rédacteurs du Code, doit être divisé, selon nous, en quatre grandes parties.

La première partie, *Dispositions générales*, comprend les articles 1387 à 1398 : le législateur y examine les règles communes à tous les régimes matrimoniaux, le choix d'un régime matrimonial, les clauses que l'on peut insérer dans un contrat de mariage, la forme du contrat, l'époque à laquelle

[1] *Suprà*, Tome I, n° 1.

Digitized by Google

les conventions matrimoniales peuvent être faites, et la capacité exigée chez les contractants.

La seconde partie, *De la communauté légale*, forme l'objet des articles 1400 à 1496 : le Code y trace les règles de la formation de la communauté légale, de son administration et de sa dissolution.

La troisième partie, *De la communauté conventionnelle et des conventions qui peuvent modifier ou même exclure la communauté légale*, s'étend de l'article 1497 à l'article 1539 : elle comprend l'étude de deux groupes de régimes bien différents les uns des autres, ceux qui modifient la communauté légale, comme la communauté réduite aux acquêts, la clause d'ameublissement, la clause de séparation de dettes, etc., et ceux qui excluent la communauté légale, le régime d'exclusion de communauté, et le régime de séparation de biens : mais ces deux groupes de régimes, si différents dans leurs effets, ont une origine commune, l'origine coutumière, et cela explique pourquoi les rédacteurs du Code en ont traité en même temps que des régimes en communauté.

Enfin la quatrième partie, *Du régime dotal*, de l'article 1540 à 1581, est consacrée aux règles du régime dotal, auquel, ainsi que nous l'avons dit, les rédacteurs du Code n'avaient point fait de place dans le projet primitif.

Digitized by Google

# PREMIÈRE PARTIE

## DISPOSITIONS GÉNÉRALES

**81.** — Le contrat de mariage peut être défini, avons-nous dit,[1] dans son sens général, le règlement des intérêts pécuniaires des époux : c'est dans ce sens que ces expressions sont prises dans la rubrique de notre titre V, *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux.*

Il importe de ne pas le confondre avec l'acte de mariage, qu'on appelle quelquefois improprement contrat de mariage, et qui constate la célébration civile du mariage devant l'officier de l'état civil.

Les expressions « contrat de mariage » ont une autre acception plus restreinte : on appelle, en effet, contrat de mariage le titre, l'*instrumentum* qui contient les conventions matrimoniales des époux : c'est en ce sens que l'on dit que le contrat de mariage est un acte solennel ; c'est aussi en ce sens que l'alinéa dernier de l'article 1391, ajouté à ce texte par la loi du 10 juillet 1850, parle des effets de la déclaration faite par les futurs époux qu'ils se sont mariés « sans contrat », c'est-à-dire sans acte écrit destiné à régler les conditions civiles de leur union.

[1] *Suprà*, Tome I, n° 1.



Digitized by Google

On appelle régime matrimonial l'ensemble des règles qui gouvernent l'association conjugale, au point de vue des biens ; de là viennent les expressions de régime de la communauté, régime de la séparation de biens, régime dotal.

Les futurs époux peuvent arrêter eux-mêmes les conditions civiles de leur union ; s'ils ne le font pas, le Code les réputé mariés sous le régime de la communauté légale, comme l'indique l'article 1393.

MM. Colmet de Santerre[1] et Laurent[2] proposent d'appeler « contrat de mariage tacite » les conventions matrimoniales des époux mariés sans acte écrit. Cette dénomination n'est point acceptée par l'usage, et nous croyons qu'il vaut mieux suivre l'usage, et dire, avec la loi du 10 juillet 1850, que les époux sont mariés avec ou sans contrat.

**82.** — On appelle dot, comme le dit l'article 1540, le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du ménage.

Il résulte de cette définition de la dot qu'elle n'existe que sous les régimes en communauté, sous le régime exclusif de communauté et sous le régime dotal, car sous ces divers régimes il y a quelque chose qui est apporté par la femme au mari, soit quant à la propriété, soit tout au moins quant à la jouissance : mais il n'y a pas dot sous le régime de la séparation de biens, où la femme conserve la propriété, l'administration et la jouissance de ses biens.

D'après M. Colmet de Santerre, il faudrait aller plus loin, et dire que même sous le régime de la séparation de biens il y a une dot, en ce sens que la femme devant contribuer aux charges du mariage à concurrence du tiers de ses revenus, les biens seraient dotaux jusqu'à concurrence de cette portion.[3]

Cette terminologie nous paraît inacceptable : la femme

[1] VI, nos 2 *bis* et 4 *bis*.
[2] XXI, n° 2.
[3] VI, n° 9 *bis* IV.

Digitized by Google

séparée de biens conservant la propriété, l'administration et la jouissance de ses revenus, il est impossible, croyons-nous, de dire qu'elle a apporté une dot à son mari. De quoi se composerait cette dot ? Sans doute la femme doit contribuer aux charges du ménage, mais cette contribution annuelle ne modifie pas la règle essentielle du régime de séparation de biens, à savoir que si la femme donne au mari une part de ses revenus, elle ne lui apporte aucun de ses biens, ni en propriété, ni en jouissance.

**83**. — Les régimes matrimoniaux que le Code a organisés se rattachent à trois groupes principaux :

Les régimes en communauté, ce qui comprend la communauté légale, et les diverses modifications que la volonté des parties peut y apporter, et que l'on désigne sous le nom générique de communauté conventionnelle ; ils forment l'objet des articles 1400 à 1528 ;

Les régimes qui excluent la communauté, tout en prenant comme elle leur origine dans le droit coutumier : ce sont le régime sans communauté ou exclusif de communauté, et le régime de séparation de biens (articles 1529 à 1539) ;

Enfin le régime dotal (articles 1540 à 1581).

Mais ces divers régimes matrimoniaux, soit que les parties les adoptent avec l'organisation que le Code leur a donnée, soit qu'elles les modifient ou les combinent entre eux, comme la loi le leur permet, sont soumis à des règles communes : ces règles communes forment l'objet du chapitre I de notre titre, intitulé *Dispositions générales*.

**84**. — Nous diviserons l'étude de ces *Dispositions générales* en sept chapitres :

Chapitre I. — *Du choix d'un régime matrimonial, et des clauses qui peuvent être insérées dans le contrat de mariage.*

Chapitre II. — *De la dot.*

Chapitre III. — *De la forme, de la publicité et des frais du contrat de mariage.*

Chapitre IV. — *De l'époque à laquelle les conventions ma-*

Digitized by Google

*trimoniales peuvent être faites ou modifiées, et de leur caducité.*

Chapitre V. — *Du consentement et de la capacité des parties.*

Chapitre VI. — *De la force probante, des effets et de l'interprétation du contrat de mariage.*

Chapitre VII. — *Du régime matrimonial du Français qui se marie à l'étranger, ou de l'étranger qui se marie en France, et de la non rétroactivité des lois relatives au contrat de mariage.*

Digitized by Google

## CHAPITRE PREMIER

### DU CHOIX D'UN RÉGIME MATRIMONIAL, ET DES CLAUSES QUI PEUVENT ÊTRE INSÉRÉES DANS LE CONTRAT DE MARIAGE.

**85.** — Le principe admis par le Code sur le choix d'un régime matrimonial nous paraît excellent, ainsi que nous l'avons dit déjà ;[1] la loi laisse, en effet, aux époux le droit de régler comme bon leur semble leurs intérêts pécuniaires dans l'union qu'ils vont contracter, et l'article 1387 exprime en termes très clairs cette liberté qui leur est donnée : « La loi ne régit l'association conjugale quant aux biens « qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux « peuvent faire *comme ils le jugent à propos*, pourvu que, « etc... »

Nous verrons plus tard les restrictions que la loi apporte à la règle, mais examinons en ce moment l'étendue de cette règle.

Les époux peuvent faire leurs conventions matrimoniales comme ils le jugent à propos : cette règle signifie, d'abord, qu'ils peuvent choisir entre les divers régimes que le Code organise, régime de communauté, régime de séparation de biens, régime dotal, etc...

Remarquons seulement que si les époux choisissent un autre régime que celui de la communauté légale, ils doivent

[1] *Suprà*, Tome I, n° 77.

Digitized by Google

le déclarer formellement : cette idée est vraie pour tous les régimes autres que le régime de la communauté, puisqu'ils constituent des régimes d'exception dans la théorie du Code ; et elle est textuellement exprimée par l'article 1392, pour le régime dotal, lequel n'existera que « s'il y a dans le con- « trat de mariage une déclaration expresse. » Cette exigence, dont nous étudierons la portée en traitant du régime dotal, s'explique par les effets de la dotalité : les biens de la femme seront désormais inaliénables, il faut que les tiers ne puissent se méprendre, à la lecture du contrat de mariage, sur la portée de cette inaliénabilité.

Ainsi il ne suffit pas que la femme déclare se constituer une dot, car il y a une dot sous d'autres régimes que le régime dotal ; ni que les futurs époux stipulent qu'ils excluent la communauté, ou qu'ils veulent rester séparés de biens, car ce résultat peut être obtenu dans le régime exclusif de communauté ou de séparation de biens : il faut une déclaration expresse qu'ils adoptent le régime dotal.

Cette règle signifie, en second lieu, que les époux peuvent combiner ces divers régimes entre eux ; et la loi prévoit même quelques-unes de ces combinaisons, comme dans l'article 1581, qui indique que l'on peut joindre la société d'acquêts au régime dotal. Mais il faut que ces combinaisons respectent les règles essentielles des deux régimes qu'elles vont réunir : c'est ainsi que l'on a jugé avec raison que la femme ne peut stipuler que sa part dans les acquêts sera dotale ; cette clause aurait pour effet de contredire l'adoption de la société d'acquêts, où les biens acquis sont de libre disposition. De plus, la dotalité des acquêts, après séparation de biens, serait subordonnée à la volonté des époux, qui pourraient toujours la faire disparaître en rétablissant entre eux la communauté.[1]

Cette règle signifie, en troisième lieu, que les futurs époux peuvent adopter des règles absolument nouvelles,

[1] Cassation, 29 juin 1847, Dalloz, 47, I, 295.

Digitized by Google

à la seule condition qu'elles ne soient pas contraires aux restrictions, générales ou spéciales, dont nous allons avoir à déterminer l'étendue.

86. — Les conventions matrimoniales ont pour but, avons-nous dit, et ne peuvent avoir pour but que le règlement des intérêts pécuniaires des époux, soit pendant le mariage, soit à la dissolution du mariage ; mais, dans cette limite, les conventions matrimoniales peuvent être rédigées avec une liberté plus grande que les conventions ordinaires, et on peut y insérer des clauses qui seraient défendues en général dans les contrats.

C'est ainsi que la donation de biens à venir, l'institution contractuelle, qui est prohibée en droit commun, est permise dans les contrats de mariage, aux termes des articles 947 et 1082 ; c'est ainsi encore que l'irrévocabilité des donations ordinaires fléchit dans les contrats de mariage, où l'article 1086 permet de faire des libéralités sous l'obligation de payer les dettes qui grèveront la succession du donateur, ou sous d'autres conditions dont l'exécution dépendrait de la volonté du donateur.

87. — Cette liberté n'existe toutefois que pour les conventions matrimoniales proprement dites, c'est-à-dire pour les conventions entre époux, ou pour les libéralités faites aux époux ou à l'un d'eux ; mais si l'on insérait dans le contrat de mariage des conventions étrangères à l'un ou à l'autre de ces objets, une vente, un bail, une ratification de contrat antérieur, etc..., elles ne bénéficieraient pas des règles exceptionnelles des contrats de mariage, et resteraient soumises à leur loi propre.

C'est ainsi, par exemple, que si un futur époux, mineur, ratifiait par contrat de mariage une vente ou un partage irrégulier, la ratification ne serait pas valable, à cause de l'inaccomplissement des formalités prescrites pour les ratifications.[1]

[1] Bordeaux, 25 janvier 1826, Sirey, C. N., VIII, II, 187 ; Grenoble, 5 août 1859, Sirey, 61, II, 21, et Dalloz, 62, II, 39 ; Limoges, 29

Digitized by Google

Si le contrat de mariage était annulé, ces conventions, étrangères au contrat de mariage proprement dit, resteraient d'ailleurs valables, si elles étaient constatées conformément à la loi qui les régit.[1] Elles ont une existence propre, et, de même qu'elles peuvent être nulles dans un contrat de mariage valable comme tel, de même elles demeurent valables, malgré la nullité des conventions matrimoniales auxquelles elles sont ajoutées.

87. I. — Nous venons de dire que les conventions étrangères au but même du contrat de mariage, c'est-à-dire au règlement des intérêts des futurs époux ou aux libéralités faites en vue du mariage, ne bénéficiaient pas des règles exceptionnelles écrites pour les seules conventions matrimoniales.

Cette proposition suppose que nous admettons la validité de ces conventions, étrangères au mariage et pourtant insérées dans le contrat de mariage. Les rédacteurs du Code n'en ont pas parlé, et il n'y a pas lieu de s'en étonner, le contrat de mariage n'est pas fait pour cela ; néanmoins nous croyons tout à fait qu'elles sont valables, car, du moment où l'accord des parties est constaté à propos d'une vente, d'un bail, d'un règlement de comptes, etc..., qu'importe que cette constatation ait lieu dans un contrat de mariage ou dans tout autre *instrumentum* ? En réalité, cette convention étrangère dont nous parlons est *à côté* des conventions matrimoniales, dans le même *instrumentum*, mais elle en est juridiquement séparée : ce sont deux conventions distinctes contenues dans le même acte, et, du moment où la forme de cet acte se prête à recevoir la convention étrangère, le fait qu'elle est *à côté* des conventions matrimoniales ne peut en compromettre la validité.

janvier 1862, Dalloz, 62, II, 40. — Aubry et Rau, V, § 501, texte et note, 1, p. 230 ; Laurent, XXI, n° 6. — *Contrà*, Grenoble, 10 juillet 1860, Sirey, 61, II, 21, et Dalloz, 62, II, 40.

[1] Nîmes, 25 mai 1857, Sirey, 57, II, 600. — Aubry et Rau, V, § 501, texte et note 8, p. 231.

Digitized by Google

C'était le raisonnement que tenait Ricard dans une hypothèse plus délicate, celle où un testament renferme une obligation étrangère aux dispositions testamentaires :

« Je ne fais pas de difficulté, dit-il, qu'en général il ne « puisse être mêlé dans un testament une autre espèce de « contrat, laquelle, étant accomplie dans sa forme, ne suit « va point la nature du testament, mais celle qui lui est « propre : comme si un testateur, en faisant son testament, « y mêle une clause qui emporte une donation entre vifs, « et qui en dit toutes les qualités et solennités nécessaires, « je dis que cet acte, à l'égard de cette clause, demeurera « irrévocable, *parce qu'elle contient en soi un acte séparé, « et qui, pour être engagé dans le corps d'un autre, n'en « emprunte point la nature*, rien n'empêchant que nous ne « puissions mêler ensemble des actes de qualités différen- « tes, sans que les uns détruisent les autres. »

Ces conventions étrangères seront donc valables, à la double condition qu'elles soient reçues dans la forme qui leur est propre et par des personnes capables de les faire suivant la loi commune, et non suivant la loi exceptionnelle de l'article 1398 ; et, d'autre part, que les parties n'aient pas entendu les subordonner à la célébration du mariage, auquel cas elles seraient conditionnelles, comme les conventions matrimoniales elles-mêmes, *si nuptiæ sequantur*.

Sans être très fréquentes, de pareilles conventions ne sont pourtant pas rares dans les contrats de mariage ; et c'est ainsi, notamment, qu'on voit le père ou la mère de famille profiter du mariage d'un de leurs enfants pour faire entre les autres la distribution de leurs biens :

« Considérant, dit très bien la Cour de Lyon à propos de « cette hypothèse, que la loi n'interdit nulle part au père « et à la mère, qui dictent les conditions du mariage d'un « de leurs enfants, de souscrire, dans le même acte, des

[1] *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, Part. III, Chap. III, Sect. I, n° 107.

Digitized by Google

« avantages particuliers vis-à-vis des autres, de procéder,
« notamment, au partage de leurs biens entre tous les hé-
« ritiers, et qu'alors l'acte qui contient ce double règlement
« est assujetti aux règles du contrat de mariage, en ce qui
« concerne les futurs époux, tout en restant sujet aux rè-
« gles ordinaires pour les autres enfants. »[1]

**88.** — Les futurs époux peuvent, disons-nous, combiner plusieurs régimes entre eux, et nous avons cité à titre d'exemple la combinaison, prévue par l'article 1581, du régime dotal et de la société d'acquêts.

Ils peuvent appliquer à l'un des régimes organisés par le Code certaines règles empruntées à un autre régime : par exemple, stipuler, sous le régime dotal, que les immeubles de la femme seront aliénables sans aucune condition de remploi. Si l'inaliénabilité est de la nature du régime dotal, elle n'est pas de son essence, et la clause qui, vis-à-vis des tiers, rend les immeubles dotaux de libre disposition, applique au régime dotal une des conséquences du régime de la communauté, ce qui est parfaitement licite.[2]

Mais, à l'inverse, les époux peuvent-ils, en adoptant le régime de la communauté, déclarer que les immeubles de la femme, ou même sa dot mobilière, seront inaliénables ? Ce qui fait la difficulté dans cette hypothèse, c'est que, d'un côté, l'indisponibilité des biens ne peut être créée par les conventions particulières en dehors des cas où la loi permet de la créer ; et, de l'autre, que le régime dotal n'existe, aux termes de l'article 1392, qu'à la condition qu'il y ait une déclaration expresse que les époux ont entendu l'adopter.

Aussi quelques auteurs ont-ils pensé que cette clause était nulle, et que l'on ne pouvait rendre les immeubles, ou la dot mobilière, inaliénables qu'en déclarant expressément adopter le régime dotal.

« C'est chose d'intérêt général et d'ordre public, dit Mar-

[1] Lyon, 30 novembre 1874, Sirey, 76, II, 328.
[2] Aubry et Rau, V, § 504, p. 269.

Digitized by Google

« cadé, que l'aliénabilité des biens et leur maintien dans « la libre circulation ; et on ne peut dès lors y déroger que « dans les cas et sous les conditions fixées par la loi. Or, « d'une part, la loi n'admettant ici l'inaliénabilité que pour « les biens de la femme seulement, et seulement sous le « régime dotal, on ne peut donc jamais stipuler efficace- « ment l'inaliénabilité des biens de la femme autrement « qu'en se soumettant à la dotalité, de même qu'on ne pour- « rait jamais, sous quelque régime que ce fût, stipuler effi- « cacement l'inaliénabilité des biens du mari. D'un autre « côté, nous avons vu sous l'article 1392 qu'on ne peut éta- « blir le régime dotal qu'au moyen d'une déclaration « expresse à cet égard. »[1]

**89.** — L'opinion que nous venons d'exposer n'a pas réussi, et aujourd'hui la majorité des auteurs[2] et la jurisprudence[3] sont fixés, avec raison, dans le sens de la validité de la clause en litige.

Sans doute, il faut une déclaration expresse pour que les époux soient mariés sous le régime dotal, c'est-à-dire une stipulation claire, précise, qui ne permette pas que les tiers qui traiteront avec les époux soient trompés sur le caractère du régime par eux adopté. Mais la loi n'exige aucune formule sacramentelle, et, du moment où la déclaration de volonté des époux ne présentera aucune équivoque, l'article 1392 sera respecté.

Or qu'y a-t-il de plus clair que la clause dont nous examinons la portée, et qui porte que les immeubles ou les meubles de la femme sont inaliénables ? Comment donc les

[1] Article 1497, III. — *Sic*, Troplong, I, n°s 78-79.

[2] Toullier, XII, n° 372 ; Rodière et Pont, I, n° 86 ; Aubry et Rau, V, § 504, texte et note 7, p. 268 ; Laurent, XXI, n°s 127-128.

[3] Paris, 30 mai 1835, Sirey, 35, II, 588 ; Cassation, 24 août 1836, Sirey, 37, I, 141 ; Caen, 11 février 1850, Dalloz, 52, II, 109 ; Cassation, 15 mars 1853, Sirey, 53, I, 465, et Dalloz, 53, I, 81 ; Cassation, 7 février 1855, Sirey, 55, I, 580, et Dalloz, 55, I, 114 ; *Motifs* de Cassation (Chambres réunies), 8 juin 1858, Sirey, 58, I, 417, et Dalloz, 58, I, 233 ; Cassation, 3 février 1879, Sirey, 79, I, 353.

Digitized by Google

tiers pourraient-ils soutenir qu'ils ont été trompés par un contrat de mariage qui déclare inaliénables les biens de la femme? Cette clause a un sens précis; elle ajoute au régime de la communauté stipulé la garantie de l'inaliénabilité, qu'elle emprunte au régime dotal, elle combine les deux régimes: les époux déclarent d'une façon non équivoque qu'ils adoptent le régime dotal *in parte qua*, quant à l'inaliénabilité de la dot; et la loi n'exige rien de plus.

Remarquons d'ailleurs que cette clause peut protéger même la dot mobilière par la garantie de l'inaliénabilité, dans la mesure du moins où l'on peut dire que la dot mobilière est inaliénable, dans le système de la jurisprudence.[1]

**90.** — Observons toutefois que le système que nous venons de présenter ne doit être admis que si la clause, qui a pour but d'assurer à la dot de la femme commune en biens la garantie de l'inaliénabilité dotale, n'est pas susceptible de deux sens: s'il y a un doute, il n'y a pas de déclaration expresse, dans le sens de l'article 1392, et la dot ne sera pas inaliénable.

Le contrat de mariage renferme, par exemple, la clause suivante: « Les immeubles de la future épouse ne pour-« ront être aliénés sans un remploi en immeubles par elle « accepté, ou sans une garantie hypothécaire que les ac-« quéreurs seront tenus de conserver par une inscription. » Il est certain que cette clause impose aux acquéreurs l'obligation personnelle d'assurer le paiement des reprises de la femme: mais ne faut-il pas y voir quelque chose de plus, une stipulation d'inaliénabilité dotale, et en déduire notamment cette conséquence que les créanciers de la femme ne pourront saisir et faire vendre les immeubles ainsi protégés?

La jurisprudence a répondu, après un débat solennel qui ne s'est terminé que par un arrêt des chambres réunies, que si cette clause imposait une obligation aux acquéreurs, elle n'était pas suffisante pour constituer l'inaliénabilité et l'in-

[1] *Arrêt précité*, 3 février 1879.

Digitized by Google

saisissabilité dotales;[1] et nous approuvons pleinement cette solution.

En effet, si, comme nous l'avons dit plus haut, l'adoption totale ou partielle du régime dotal peut résulter d'une clause où le nom de régime dotal ne sera pas prononcé, au moins faut-il que cette clause, par sa clarté, soit l'équivalent de l'emploi des mots de « régime dotal. »[2] Or la clause que nous examinons est tout au moins équivoque : les époux ont-ils voulu adopter le régime dotal, ou seulement imposer, au cas de vente volontaire des immeubles de la femme, une obligation personnelle à l'acquéreur ? Le contrat de mariage peut recevoir les deux interprétations : cela suffit pour que les tiers, qui traiteront avec les époux, puissent se méprendre sur la capacité de la femme ; il n'y a donc pas déclaration expresse, et il faut décider que la dotalité ne protège pas les biens ainsi constitués en dot.[3]

**91.** — Les restrictions, apportées au principe de la liberté des conventions matrimoniales, se réfèrent principalement aux six ordres d'idées suivantes :

I. — *De la condition et du terme dans les conventions matrimoniales.*

II. — *Des clauses contraires aux bonnes mœurs, ou à l'ordre public.*

III. — *Des clauses dérogeant à la puissance maritale ou paternelle, aux droits du mari comme chef, ou aux droits de l'époux survivant.*

IV. — *Des clauses dérogeant à l'ordre légal des successions.*

V. — *Des clauses se référant à une ancienne coutume, ou à une législation étrangère.*

VI. — *Des clauses contraires aux dispositions prohibitives du Code.*

[1] Cassation, 6 novembre 1854, Sirey, 54, I, 712, et Dalloz, 54, I, 439; Cassation (Chambres réunies), 8 juin 1858, Sirey, 58, I, 417, et Dalloz, 58, I, 233.

[2] Caen, 4 juillet 1842, Dalloz, 45, IV, 164.

[3] Laurent, XXI, n° 128.

Digitized by Google

## § I

### *De la condition et du terme dans les conventions matrimoniales.*

**92.** — Les futurs époux peuvent-ils subordonner à une condition suspensive ou résolutoire le régime par eux choisi? Peuvent-ils dire, par exemple, qu'ils se marient sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, mais que, le jour où ils auront l'un et l'autre recueilli la succession de leurs père et mère, ils seront mariés sous le régime de la communauté universelle, avec rétroactivité au jour du mariage?

Écartons d'abord trois hypothèses dont la solution nous paraît facile.

En premier lieu, les époux ne peuvent, en adoptant la communauté, lui assigner un point de départ autre que le jour de la célébration du mariage ; ils ne peuvent dire, par exemple, qu'ils se marient sous le régime de la séparation de biens pour dix ans, et qu'après ce laps de temps, ils seront mariés sous le régime de la communauté. L'article 1399 décide en effet que la communauté légale ou conventionnelle commence du jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil, et qu'on ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque.

Le motif de cette prohibition est historique : sous l'empire de notre ancien droit, tandis que dans la plupart des coutumes, notamment dans celles de Paris et d'Orléans, la communauté commençait à l'instant de la bénédiction nuptiale, dans d'autres coutumes, parmi lesquelles Pothier cite celle de l'Anjou, du Maine, du Grand-Perche et de Chartres, la communauté ne commençait qu'un an et jour après la

Digitized by Google

célébration du mariage.[1] Ce délai d'an et jour était d'ailleurs emprunté aux communautés de pain et de pot, qui s'établissaient entre personnes même étrangères, par le seul fait de la communauté de la vie : « Compaignie se fet, dit « Beaumanoir, selonc nostre coutume pour seulement ma- « noir ensemble à un pain et un pot un an et un jour. »[2]

Les rédacteurs du Code ont voulu supprimer cette diversité d'usages en assignant à la communauté un point de départ uniforme et obligatoire, le jour de la célébration du mariage.

**93.** — La seconde hypothèse, dont la solution ne peut non plus faire difficulté, est relative aux effets de la séparation de corps sur la communauté ; la communauté se dissout nécessairement par la séparation de corps, qui entraîne séparation de biens (articles 311 et 1441, 4°), et les époux ne pourraient stipuler dans leur contrat de mariage qu'en cas de séparation de corps la communauté continuerait entre eux. En effet, les règles de la séparation de corps, les effets qu'elle entraîne sont d'ordre public ; et il serait contraire aux articles 6 et 1387 de stipuler que la communauté, avec les avantages qu'elle procure, continuerait au profit de l'époux contre lequel la séparation a été prononcée.[3]

**94.** — Il faut admettre aussi, en troisième lieu, que les futurs époux n'ont pas le droit de subordonner l'existence de la communauté qu'ils adoptent à une condition potestative, soit de la part des deux époux, soit de la part de l'un d'eux.

Seul, M. Toullier a soutenu qu'il était permis aux époux de stipuler la communauté sous une condition dépendant de leur volonté, mais que l'avantage qui résulterait de cette clause pour l'un des époux pourrait être révoqué par l'autre.[4]

[1] *Traité de la communauté*, n° 4.
[2] *Coutume de Beauvoisis*, Chap. XXI.
[3] Bruxelles, 28 mars 1840, Sirey, C. N., III, II, 240.
[4] XII, n° 86.

Digitized by Google

Cette solution n'est que la conséquence d'un système plus général adopté par M. Toullier, et d'après lequel les modifications que les époux apporteraient à leur contrat de mariage, après la célébration du mariage, seraient valables en elles-mêmes, sauf à déclarer révocables les avantages qui en résulteraient.[1]

Ce système, que nous examinerons au chapitre IV, *De l'époque à laquelle les conventions matrimoniales peuvent être faites ou modifiées*, n'a pas réussi et ne pouvait pas réussir : le législateur a voulu, dans un intérêt d'ordre public, dans l'intérêt non seulement des époux et de leurs enfants, mais des tiers qui seront appelés à être en rapport avec eux au cours du mariage, que la loi qu'ils se sont donnée ne puisse pas être changée à leur caprice ; et il a virtuellement prononcé, dans l'article 1395, la nullité des modifications qu'ils auraient apportées à leur contrat.

Bornons-nous en ce moment à constater que, de même que l'on admet en général que les modifications apportées au contrat de mariage pendant le mariage sont nulles, et non pas seulement révocables lorsqu'elles contiennent une donation entre époux, de même l'on admet que la condition potestative insérée dans le contrat de mariage est nulle.[2]

**95.** — Toutefois si l'on admet en général la nullité de ces conditions potestatives, on est loin d'être d'accord sur les effets que cette nullité entraîne.

D'après MM. Rodière et Pont, on ne devra tenir aucun compte de la condition, mais bien considérer comme régissant exclusivement les époux, « celui des deux systèmes « stipulés qui serait le plus favorable à l'autorité maritale et « à l'intérêt des enfants, parce que ce serait le plus moral. »[3]

[1] XII, nos 25 et suiv.

[2] Cassation, 15 mai 1878, Sirey, 78, I, 449, et Dalloz, 78, I, 294. — Aubry et Rau, V, § 504, texte et note 10, p. 269-270 ; Rodière et Pont, I, n° 92.

[3] I, n° 92.

Digitized by Google

Nous ne pouvons admettre cette théorie, et nous croyons que la condition ne doit pas être seulement réputée non écrite, mais que le contrat doit être annulé en entier, et que les époux seront mariés sous le régime de la communauté légale.

En effet, il est impossible de choisir entre les deux régimes que les époux ont adopté alternativement, à moins de substituer à leur volonté, qui doit seule faire la règle, celle des tribunaux appelés à statuer. Supposons, comme dans l'exemple que nous fournit l'arrêt du 15 mai 1878, un contrat de mariage ayant adopté une communauté universelle et une communauté réduite aux acquêts, au choix de la femme ou de ses héritiers : lequel des deux régimes est le plus favorable à l'autorité maritale et à l'intérêt des enfants? Il nous est impossible de le dire, et encore moins de dire lequel les époux auraient choisi, s'ils n'en avaient adopté qu'un seul.

Aussi croyons-nous que, du moment où l'on supprime l'alternative qu'ils ont voulue, il faut dire qu'ils n'ont pas fait de contrat de mariage valable, et qu'ils sont mariés sous le régime de la communauté légale.[1]

Observons toutefois que si la clause relative à l'adoption du régime matrimonial est nulle, les autres clauses du contrat de mariage qui ne s'y lient pas intimement, comme une institution contractuelle, par exemple, demeurent valables.[2]

**96.** — La question que nous posons ne naît donc réellement que si la condition, suspensive ou résolutoire, insérée dans le contrat de mariage est une condition casuelle ou mixte, c'est-à-dire qui dépend soit du hasard seul, soit de la volonté des époux ou de l'un d'eux, et de celle d'un tiers : par exemple, les futurs époux adoptent le régime de la séparation de biens, mais, s'ils deviennent héritiers de leurs

[1] *Arrêt précité* du 15 mai 1878. — Marcadé, art. 1399, IV.
[2] Bordeaux, 1er juillet 1886, Dalloz, 86, II, 283.



Digitized by Google

parents, ou s'ils ont des enfants, ils adoptent la communauté légale, avec rétroactivité au jour du mariage; cette stipulation est-elle valable?

Nous adoptons sans hésiter l'affirmative. Nous ferons remarquer d'abord, que c'était la solution admise dans notre ancien droit :[1]

« La convention de communauté dans les contrats de « mariage, dit Pothier, se fait ordinairement *purè*. Rien « n'empêche néanmoins que les parties ne puissent y ap- « poser (un terme) ou une condition... Pareillement, on « peut convenir qu'il y aura communauté entre les con- « joints, comme en cas qu'un procès réussit. »

Nous ajoutons que rien, dans les textes, n'autorise à décider que le Code a modifié cette solution de nos anciens auteurs : on peut d'ailleurs invoquer pour la défendre le principe de la liberté des conventions, écrit dans l'article 1387.

**97**. — Cette solution est combattue de deux manières différentes : les uns[2] soutiennent d'une façon absolue qu'aucun régime ne peut être établi sous condition; les autres[3] reconnaissent la validité de la condition en général, mais la déclarent nulle lorsque le régime adopté est le régime de la communauté.

Les premiers invoquent le trouble qu'une pareille stipulation apporte dans la fixité des conventions matrimoniales : sans doute, disent-ils, en droit, il n'y aura eu qu'un régime, par suite de la rétroactivité de la condition; mais, en fait, il y aura eu deux régimes se succédant l'un à l'autre, avec tous les inconvénients que le législateur a voulu évi-

[1] Renusson, *Traité de la communauté*, Part. I, Chap. IV, n° 8; Lebrun, *Ibid.*, Liv. I, Chap. III, n° 10; Pothier, *Ibid.*, n° 278; Denisart, v° *Communauté*, n° 27.

[2] Bellot des Minières, III, p. 4 et suiv.; Marcadé, article 1399, II et III; de Folleville, I, n° 23 *bis*.

[3] Rodière et Pont, I, n°s 89 et suiv.; Troplong, I, n° 332.

Digitized by Google

ter, en édictant la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales dans l'article 1395.

Nous répondrons, d'abord, que les tiers ne seront pas trompés, car le contrat de mariage leur a fait connaître l'éventualité d'un changement de régime par l'événement de la condition ; puis que l'existence d'inconvénients de fait, que nous ne méconnaissons pas d'une manière absolue, ne suffit pas pour permettre de créer une prohibition contraire à la tradition historique et au principe de l'article 1387.

**98.** — Les auteurs qui restreignent au régime de la communauté la défense d'insérer une condition se fondent sur le texte de l'article 1399, qui décide que la communauté doit commencer au jour de la célébration du mariage ; et ils ajoutent que c'est *à fortiori* qu'il faut étendre l'application de ce texte du terme à la condition, car l'indication d'une époque fixe, à laquelle un régime serait substitué à un autre, offrirait moins d'inconvénients pratiques que l'incertitude résultant de l'éventualité d'une condition.

Nous répondons, d'abord, que l'article 1399 n'a eu qu'un but, assigner à la communauté un point de départ uniforme, et abroger la règle de certaines coutumes qui ne la faisaient commencer qu'après an et jour ; à ce point de vue, ce texte est complètement étranger à la stipulation d'une condition. En second lieu, en droit, avec le contrat de mariage conditionnel, il n'y a pas deux régimes succédant l'un à l'autre, mais un régime unique : il y a des inconvénients, de l'incertitude, soit, mais il n'y a pas l'inconvénient auquel l'article 1399 a voulu remédier, la succession de la communauté à un autre régime pendant le mariage.

Aussi croyons-nous que l'insertion d'une condition casuelle ou mixte est parfaitement licite.[1]

[1] Colmar, 15 avril 1834 et 28 mars 1854 (cités par MM. Aubry et Rau) ; Colmar, 8 mars 1864, Dalloz, 64, II, 85. — Toullier, XII, 86 ; Duranton, XIV, n° 97 ; Aubry et Rau, V, § 504, texte et note 9, p. 269.

Digitized by Google

**99.** — Il y a une dernière combinaison dont nous devons nous occuper, bien qu'elle ne soit guère dans les mœurs : les futurs époux pourraient-ils adopter pour un temps un régime autre que la communauté ? Nous avons vu que l'article 1399 s'y oppose en matière de communauté : mais serait-il loisible aux futurs époux d'adopter le régime dotal pour dix ans, par exemple, et de dire qu'après ce délai ils seront mariés sous le régime de séparation de biens, ou sous le régime exclusif de communauté ?

Nous croyons qu'il faut répondre négativement : le vœu de la loi, c'est la fixité des conventions matrimoniales. Nous avons cru qu'il fallait apporter une exception à ce principe pour la condition, d'abord à cause des précédents historiques, puis parce que, en droit, il n'y aura jamais eu qu'un régime adopté, à raison de la rétroactivité de la condition.

Ici, au contraire, avec un terme stipulé, il y aurait deux régimes successifs ; or, l'article 1387 permet bien aux époux d'adopter le régime qu'ils veulent, mais non une série de régimes, qui viendraient se greffer les uns sur les autres : ces complications seraient préjudiciables à la sécurité des tiers appelés à traiter avec les époux pendant le cours du mariage, et il faudrait un texte formel dans le Code pour les autoriser.

## § II

### *Des clauses contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.*

**100.** — L'article 1387 porte que l'on ne peut insérer dans les contrats de mariage des clauses contraires aux bonnes mœurs : ce n'est qu'une application du principe plus général de l'article 6, aux termes duquel on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

Digitized by Google

Au premier rang de ces stipulations immorales, il faudrait placer celle dont M. Troplong déclare avoir vu l'exemple.[1] dans laquelle les futurs époux convenaient de vivre séparés de fait : une pareille stipulation est évidemment, et sans qu'il y ait besoin d'insister pour le démontrer, contraire au but du mariage, qui doit être l'union des époux, et non leur séparation.

**101.** — On doit considérer comme illicite la clause par laquelle les futurs époux s'interdiraient de se faire mutuellement aucune libéralité, pendant le cours de leur mariage.

Il est vrai que, dans notre ancien droit, l'opinion la plus accréditée admettait la validité de cette clause d'interdiction : « Le motif (des conjoints), disait Pothier, est d'éviter « par là de se trouver dans la fâcheuse alternative ou de « priver leur famille de leurs biens, contre leur inclination, « par les donations que l'un d'eux ferait à l'autre ; ou d'al- « térer la concorde conjugale, par le refus qu'il ferait de « faire à l'autre conjoint les donations qu'il le solliciterait « de lui faire. »[2]

Mais cette solution, inspirée, d'un côté, par le désir de la conservation des biens dans les familles, de l'autre, par la défaveur avec laquelle étaient vues les libéralités entre époux, défendues par beaucoup de coutumes, notamment par la coutume de Paris (article 282), nous paraît inacceptable aujourd'hui : il y a pour la rejeter un motif, c'est la disposition des articles 791 et 1130. qui défendent tout pacte sur une succession future. Or, comme le fait remarquer avec raison M. Bugnet,[3] on peut comparer cette convention à la promesse que ferait une personne de ne pas tester, et elle est nulle au même titre.[4]

[1] I, n° 49.

[2] *Traité des donations entre mari et femme*, n° 27. — *Sic* Arrêts du parlement de Paris des 19 juin 1640 et 7 septembre 1711 ; Boullenois, *Des Statuts réels et personnels*, II, 412.

[3] Sur Pothier, VII, p. 459.

[4] Cassation, 31 juillet 1809, Sirey, C. N., III, I, 89 ; Cassation,

Digitized by Google

**102.** — La femme peut-elle s'interdire, par contrat de mariage, le droit de s'obliger, même avec l'autorisation de son mari? Peut-elle s'interdire spécialement le droit de le cautionner?

La question a été, dans ces dernières années, l'objet de vives controverses, mais aujourd'hui la cour de cassation, la cour de Paris, qui avait d'abord adopté le système opposé, et la majorité des auteurs s'accordent à reconnaître que cette stipulation est nulle et ne frappe pas la femme d'une incapacité personnelle;[1] et nous croyons que c'est à bon droit que cette opinion a triomphé.

Pour soutenir la validité de cette stipulation, voici comment on raisonne.

L'article 1387 proclame le principe de la liberté des conventions matrimoniales, et aucun texte ne vient édicter d'exception à ce principe, en ce qui touche les restrictions que la femme apporte à sa capacité.

D'un autre côté, on ne peut dire que les tiers seront lésés par cette clause, car la loi du 10 juillet 1850 leur donne la faculté de vérifier la capacité des époux avec lesquels ils doivent traiter.

Si l'on objecte à cette théorie que les règles concernant la capacité des époux sont d'ordre public, elle répond que cette capacité varie suivant le régime qu'ils adoptent; et que la clause, par laquelle la femme s'interdit de s'obliger

15 juillet 1812, Sirey, C. N., IV, I, 150; Cassation, 21 décembre 1818, Sirey, C. N., V, I, 562; Dijon, 3 avril 1819, Sirey, C. N., VI, II, 56. — Toullier, XII, n° 18; Rodière et Pont, I, n° 79; Aubry et Rau, V, § 504, texte et note 12, p. 270; Laurent, XXI, n° 135.

[1] Cassation, 22 décembre 1879, Sirey, 80, I, 125 et Dalloz, 80, I, 112; Paris, 19 juin 1884, Sirey, 84, II, 193; Cassation, 13 mai 1885, Sirey, 85, I, 312; Dalloz, 86, I, 204, et *France Judiciaire*, 84-85, 428. — Valette, *Mélanges*, I, p. 513-527; Lyon-Caen, *Notes*, Sirey, 76, II, 65; 78, II, 61, et 84, II, 193; Vavasseur, *Revue critique*, 1878, p. 289; Challamel, *Revue critique*, 1880, p. 1; Troplong, I, n° 78; Laurent, I, n° 52; de Folleville, *Traité du contrat pécuniaire de mariage*, I, n° 12 et suiv.

Digitized by Google

envers les tiers, produit des effets analogues à ceux du régime dotal, sous lequel la femme est incapable d'engager sa dot.

Enfin on ajoute que la clause d'incapacité, bien loin d'être contraire à l'ordre public, peut être fort utile, lorsqu'un père de famille veut sauvegarder la fortune de sa fille contre les entraînements du mari, sans la soumettre aux embarras et aux entraves du régime dotal.[1]

**103.** — La base du système qui a triomphé, et qui devait triompher, est la suivante.

Les règles sur la capacité des parties sont l'œuvre de la loi, non de la convention des parties : le législateur les a tracées dans un intérêt d'ordre public, et il ne peut dépendre de la volonté plus ou moins réfléchie des parties de les modifier, de se constituer elles-mêmes dans un état d'incapacité dont elles fixeraient les limites. Ce serait là, a dit avec raison M. Valette, une « monstruosité. »

Que l'on n'objecte pas le principe de la liberté des conventions matrimoniales, écrit dans l'article 1387 : comme le fait remarquer exactement M. Lyon-Caen,[2] ce qui est défendu dans les conventions en général est défendu dans les contrats de mariage, sauf disposition contraire dans la loi. Lorsque le législateur a voulu permettre par contrat de mariage les donations de biens à venir et les exceptions à la règle « donner et retenir ne vaut, » il a pris soin de le dire expressément dans l'article 947. Or aucun texte n'autorise la femme à limiter sa capacité.

Que l'on n'objecte pas non plus que la femme, qui se marie sous le régime dotal, diminue sa capacité. Sans prendre actuellement parti sur la question, que nous examinerons

[1] Paris, 17 novembre 1875, Sirey, 76, II, 65, et Dalloz, 77, II, 89 ; Paris, 6 décembre 1877, Sirey, 78, II, 61, et Dalloz, 78, II, 81. — *Voir* les conclusions de M. l'avocat général Chevrier, lors de ce dernier arrêt, dans Sirey et Dalloz.

[2] *Note*, Sirey, 76, II, 65.

Digitized by Google

au chapitre *Du régime dotal,* de savoir si c'est le bien dotal qui est inaliénable ou la femme dotale qui est incapable, admettons que le régime dotal frappe la femme d'une incapacité personnelle : cette incapacité n'est point absolue, elle n'existe que dans la mesure de la constitution de dot et relativement aux biens dotaux. La femme dotale demeure si bien capable de s'obliger que l'obligation par elle prise pourra être exécutée sur ses paraphernaux, ou sur les biens qu'elle acquerrait après la dissolution du mariage.

Autre chose est donc l'incapacité toute relative de la femme dotale, qui n'est que l'incapacité de disposer du bien dotal, autre chose l'incapacité générale dont la frapperait la clause dont nous discutons la portée.

Si la femme s'est bornée à se déclarer incapable de cautionner son mari, cette clause équivaut au rétablissement contractuel du sénatus-consulte Velléien, depuis longtemps abrogé en France, et qu'il ne saurait dépendre de la volonté des parties de faire revivre.

Nous terminerons par une dernière considération : si le régime dotal n'a été admis qu'après coup et à regret par les rédacteurs du Code, est-il admissible qu'ils aient entendu autoriser des clauses pouvant frapper la femme d'une incapacité sans limites ? L'article 6 du Code civil suffit à la proscrire, et nous croyons que les arrêts du 22 décembre 1879 et du 19 juin 1884 ont dit le dernier mot sur cette question.

**104.** — Une autre question naît de cette stipulation, par laquelle la femme se proclame incapable de s'obliger : si la clause n'est pas valable en ce sens qu'elle ne peut créer contre la femme une incapacité personnelle, ne vaut-elle pas au moins comme stipulation de dotalité ?

Nous nous bornons à signaler cette question controversée, nous réservant de l'examiner lorsque nous étudierons, dans le chapitre *Du régime dotal,* quelles sont les conditions nécessaires pour que la femme soit mariée sous ce régime.

Digitized by Google

**105.** — La condition de ne pas se remarier, qui est fréquemment stipulée dans les donations faites par contrat de mariage par l'un des futurs époux à l'autre, est-elle licite?

La question est diversement résolue.

Pour les uns, la condition est illicite dans tous les cas, comme apportant une entrave à la liberté de se marier, qui est d'ordre public.[1]

D'autres distinguent : la condition sera licite si elle est fondée sur un motif raisonnable, comme l'intérêt des enfants nés du mariage ; mais, en dehors de ce motif légitime, la condition devrait être réputée illicite, à moins qu'il ne fût établi par le texte même du contrat que le donateur a eu en vue, non pas d'apporter une entrave à la liberté de son conjoint, mais de conserver sa fortune à ses héritiers naturels.[2]

Pour nous, nous croyons que cette condition est toujours licite, car l'on doit présumer qu'elle repose sur l'un ou l'autre des deux motifs suivants : ou l'intérêt des enfants, s'il en existe, et il n'y a pas de motif plus respectable que celui-là ; ou, s'il n'en existe pas, le désir très légitime de conserver les biens de l'époux donateur dans sa famille, plutôt que de les voir augmenter le patrimoine d'un nouveau conjoint.

On objecte que c'est créer une entrave à la liberté qui appartient à l'époux survivant de se remarier : nous répondrons qu'il demeure parfaitement libre de se remarier, mais en n'apportant dans son second mariage que sa fortune personnelle, point celle de son conjoint prédécédé.

D'ailleurs, si la question est discutée en théorie, la pratique l'a depuis longtemps résolue, et la plupart des donations par contrat de mariage, au moins dans la région où nous vivons, portent la condition de révocation au cas de

[1] Bellot des Minières, *Le contrat de mariage considéré en lui-même* n°s 86-90.

[2] Duranton, VIII, n° 128 ; Rodière et Pont, I, n° 58.

Digitized by Google

second mariage de l'époux survivant : et nous croyons, en effet, qu'il n'y a rien de plus moral que cette clause, inspirée par l'affection pour les enfants nés du mariage, ou la préférence pour la famille du donateur.[1]

## § III

*Des clauses dérogeant à la puissance maritale ou paternelle, aux droits du mari comme chef, ou aux droits de l'époux survivant.*

**106**. — Les diverses clauses indiquées dans la rubrique de notre § III sont prohibées par l'article 1388. Nous allons les étudier dans l'ordre où le texte de cet article les énumère :

A. — *Dérogations à la puissance maritale.*
B. — *Dérogations à la puissance paternelle.*
C. — *Dérogations aux droits du mari comme chef.*
D. — *Dérogations aux droits de l'époux survivant.*

**107**. — A. *Dérogations à la puissance maritale.* — Les époux ne peuvent déroger, dit l'article 1388, « aux droits « résultant de la puissance maritale sur la personne de la « femme. »

C'est ainsi que les époux ne pourraient stipuler que la femme ne devra pas obéissance à son mari, ou qu'elle sera dispensée de le suivre où il jugera à propos de résider.[2]

Cependant MM. Troplong[3] et Rodière et Pont[4] estiment que si l'on avait inséré, dans le contrat de mariage, une

[1] Rouen, 16 juillet 1834, Sirey, 34, II, 443.
[2] Rodière et Pont, I, n° 60; Troplong, I, n° 57.
[3] I, n° 58.
[4] I, n° 61.

Digitized by Google

clause portant que la femme ne sera pas tenue de suivre son mari, s'il va résider en pays étranger, les juges devraient prendre cette clause en considération, et dispenser plus facilement la femme d'accompagner son mari à l'étranger.

Nous croyons qu'il faut rejeter ce tempérament : sans doute, nous admettons bien que, dans certains cas exceptionnels, les juges pourront dispenser la femme d'accompagner son mari, comme s'il allait se fixer sous un climat où la santé de la femme, déjà ébranlée, serait certainement compromise ;[1] le devoir de la femme de résider avec son mari ne va pas jusqu'à l'inhumanité. Mais nous disons que les juges ne pourront baser leur décision que sur les faits de la cause, et non sur la stipulation du contrat de mariage, dont ils ne peuvent juridiquement tenir compte ; cette stipulation est en effet, en elle-même, la violation de l'article 214, interprété par les travaux préparatoires du Code.

**108.** — Les futurs époux ne pourraient stipuler non plus que la femme sera dispensée de demander à son mari l'autorisation maritale, dans les cas prévus par les articles 215 et suivants, et établir ainsi par contrat l'indépendance de la femme qu'a créée la loi anglaise de 1882, lui permettre d'agir comme si elle n'était pas mariée, *in the same way as if she were a feme sole.*[2]

La subordination de la femme au mari est, sous l'empire de notre loi française, une disposition d'ordre public, à laquelle les parties ne peuvent déroger.

**109.** — Il importe toutefois de limiter la portée de cette prohibition : ce que le mari ne peut faire, c'est d'abdiquer les pouvoirs que lui confère l'article 223, de donner à la femme l'autorisation générale d'aliéner ses propres, ou de plaider sans être autorisée par lui.

Mais il peut donner par contrat de mariage des autorisa-

[1] Demolombe, IV, n° 92.
[2] *Suprà*, Tome I, n° 65.

Digitized by Google

tions spéciales, qui laissent subsister d'une manière générale le principe de l'autorité maritale ; par exemple, permettre à la femme de toucher seule une certaine portion de ses revenus, ce que décident formellement les articles 1534 et 1549, sous le régime exclusif de communauté et sous le régime dotal ; ou encore, comme nous allons le dire au numéro suivant, autoriser la femme à faire un commerce séparé ; ou bien enfin l'autoriser à passer seule un acte déterminé, par exemple à toucher un capital propre sur sa simple quittance.[1]

Ces autorisations spéciales sont d'ailleurs irrévocables, comme l'ensemble des conventions matrimoniales auxquelles elles se rattachent : il en serait différemment pour l'autorisation de faire le commerce, par les motifs que nous allons indiquer ; ou encore s'il ressortait de l'ensemble des clauses du contrat que le mari a voulu seulement donner à sa femme un mandat, toujours révocable par sa nature.[2]

**110.** — Si le contrat de mariage contient une autorisation pour la femme de faire un commerce déterminé, ou de continuer le commerce qu'elle exerçait avant le mariage, cette stipulation lie-t-elle le mari, ou bien peut-il la révoquer pendant le mariage ?

Nous croyons qu'il a le droit de la révoquer : en principe, l'autorisation donnée à la femme par le mari de faire le commerce est révocable, car le mari ne peut abdiquer son autorité, et s'enlever le droit d'interdire à la femme un commerce où elle serait en voie de se ruiner et de ruiner les siens.[3] Or le mari ne peut, sans porter atteinte à sa puissance maritale, abdiquer avant le mariage un droit qu'il ne pourrait pas abdiquer pendant le mariage.[4]

**111.** — Mais, si le mari révoque pendant le mariage l'autorisation qu'il a donnée, peut-il le faire arbitrairement ?

[1] Rodière et Pont, n° 72; Laurent, XXI, n° 118.
[2] Rodière et Pont, n° 72.
[3] Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, n° 186.
[4] Bordeaux, 12 novembre 1873, Sirey, 74, II, 193.

Digitized by Google

Faut-il admettre, au contraire, que la justice pourrait intervenir, et déclarer non avenue une révocation que rien ne justifie?

L'examen de cette question, qui se rattache plus à l'étude de l'article 4 du Code de commerce qu'à celle de l'article 1388, suppose résolue une première question : la justice peut-elle autoriser la femme à faire le commerce, si le mari refuse de l'y autoriser? Il est évident que pour ceux qui reconnaissent à la justice ce droit, il faut admettre à plus forte raison que la justice, qui pourrait autoriser pour la première fois une femme mariée à faire le commerce, peut l'autoriser à le continuer, lorsque les preuves de sa capacité commerciale sont fournies par l'expérience.

La question ne naît donc que pour ceux qui, comme nous, pensent que la justice ne peut autoriser la femme à faire le commerce :[1] mais nous croyons que, dans ce système, on peut admettre sans inconséquence le droit pour les tribunaux d'annuler la révocation capricieuse du mari. En effet, s'il est prouvé que les résultats du commerce qu'elle a géré ont été excellents, et que rien n'explique la révocation du mari, les tribunaux peuvent venir en aide à la femme, par un double motif : le premier, que ce droit paraît avoir été reconnu au profit de la femme dans la discussion au conseil d'État ;[2] et le second, que son exercice ne présente aucun danger, car il ne s'agit pas d'apprécier les aptitudes commerciales de la femme, mais de constater les résultats matériels du commerce qu'elle a exercé.[3]

**112.** — *B. Dérogations à la puissance paternelle.* — L'article 1388 interdit les clauses qui dérogeraient à la

[1] Trib. de Lyon, 16 janvier et 19 mars 1869, Dalloz, 69, III, 29 et 30. — Demolombe, IV, n° 248 ; Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, n° 185.

[2] Locré, XVII, p. 155-157.

[3] Demolombe, IV, n° 324 ; Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité de droit commercial*, I, p. 109-110 ; Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, I, n° 186.

Digitized by Google

puissance du mari « sur la personne des enfants » : le père seul exerce l'autorité paternelle pendant le mariage, dit l'article 373, et le Code, qui a proclamé la puissance paternelle comme un principe de droit naturel que la loi civile ne crée pas, mais qu'elle sanctionne, ne peut admettre que les conventions particulières des parties y dérogent. L'article 6 eût suffi, sans l'article 1388, pour faire respecter les droits de la puissance paternelle.

Le mari ne peut donc ni renoncer par contrat de mariage au droit de correction, ni en partager l'exercice avec la femme, ni déroger à l'article 148, qui décide qu'en cas de dissentiment entre le mari et la femme, le consentement du mari suffit pour le mariage des enfants.

**113.** — On voit fréquemment, dans les mariages mixtes, c'est-à-dire entre conjoints appartenant à des religions différentes, par exemple entre catholiques et protestants, des clauses relatives à la religion dans laquelle seront élevés les enfants : ces clauses ont-elles une valeur juridique, et, si le mari se refusait à leur accomplissement, la femme pourrait-elle l'actionner devant les tribunaux pour le contraindre à les respecter?

Nous ne le croyons pas.

Nous n'avons pas besoin de dire que, sur le terrain de la loi morale, nous blâmons énergiquement l'homme qui, après avoir fait une promesse solennelle dans un ordre d'idées aussi grave, se refuse à l'exécuter.

Mais, sur le terrain de la loi civile, l'article 373 porte que le père exerce seul l'autorité durant le mariage, et l'article 1388 ne lui permet pas d'amoindrir par contrat cette autorité. Sur le terrain de la loi naturelle, le père a sur ses enfants un pouvoir souverain, que ni la mère ni les tribunaux ne peuvent ni partager ni restreindre :

« Dans l'intérieur de la famille, dit Mgr Hugonin, c'est « l'autorité paternelle qui administre la modalité des droits « des enfants et qui en règle l'exercice... »

Et plus loin :

Digitized by Google

« ... Dieu, en donnant au père une autorité seigneuriale « sur ses enfants, a déposé en même temps dans son cœur « un amour et un dévouement incomparables, et dans le « cœur de l'enfant une confiance et une affection qui pré- « viennent les abus du pouvoir et forment entre eux des « liens d'une nature spéciale. »[1]

L'autorité paternelle appartient donc au père seul, et la loi civile, en le proclamant, ne fait que reconnaître les principes éternels de la loi naturelle. Il suit de là que les conventions particulières ne peuvent amoindrir ce droit essentiel, ni les tribunaux intervenir pour en réglementer l'exercice, et diriger l'éducation morale et religieuse de l'enfant. Il peut y avoir quelques abus de la part d'hommes indignes de l'autorité paternelle qu'ils exercent, mais ces abus isolés sont moins redoutables que ne le serait le pouvoir donné au juge dans une pareille matière.[2]

**114.** — La loi ne prohibe que les clauses dérogeant à la puissance paternelle sur « la personne des enfants » : faut-il en conclure que les futurs époux peuvent déroger aux droits de la puissance paternelle sur les biens des enfants, aux droits d'administration légale ou d'usufruit légal ?

Pour le droit d'administration légale, on s'accorde à reconnaître que les époux n'y peuvent déroger : l'administration légale est en effet d'ordre public, elle se lie intimement à la puissance paternelle qu'elle fortifie, et le mari ne peut ni l'abdiquer ni la restreindre. C'est même une question très controversée que de savoir si un tiers peut, en donnant ou en léguant des biens aux enfants, y imposer la condition que le père n'en aura pas l'administration :[3]

[1] *Philosophie du droit social*, Livre II, IIe Partie, Chap. V.

[2] Duranton, XIV, n° 24 ; Troplong, I, n° 61 ; Demolombe, VI, n° 295 ; Aubry et Rau, V, § 504, texte et note 2, p. 266 ; Colmet de Santerre. VI, 5 *bis*, II, p. 4 ; Laurent, XXI, n° 120 ; de Folleville, I, n° 17 *bis*. — *Contrà*, Rodière et Pont, I, n° 63.

[3] Demolombe, VI, n° 458.

Digitized by Google

mais, quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur cette question, il faut reconnaître que la clause du contrat de mariage, qui contiendrait renonciation de la part du mari à ses droits d'administrateur légal, serait nulle, comme portant atteinte à un des attributs de la puissance parternelle.

Au contraire, pour le droit d'usufruit légal, la question de savoir si le contrat de mariage peut y déroger est controversée.

M. Laurent soutient énergiquement que cette dérogation est valable : pour lui, le droit d'usufruit légal est un droit pécuniaire comme un autre, une récompense attachée à l'exercice de la puissance paternelle ; il n'est donc pas d'ordre public, et le mari peut y renoncer.[1]

L'opinion de M. Laurent est isolée : MM. Aubry et Rau, qui l'avaient soutenue dans leurs trois premières éditions, l'ont abandonnée dans la quatrième,[2] et enseignent, avec tous les auteurs,[3] que cette dérogation est nulle, et nous nous rallions tout à fait à cette opinion.

En effet, l'usufruit légal est un attribut de la puissance paternelle, comme l'administration légale, et l'article 1388 défend qu'on déroge à la puissance paternelle par le contrat de mariage. M. Laurent objecte que l'usufruit légal n'est qu'une récompense attachée à l'exercice de la puissance paternelle : nous croyons qu'il est autre chose que cela, et nous dirons, avec MM. Demolombe et Aubry et Rau, que c'est par des considérations morales, tenant au bon ordre des familles, que le législateur a été amené à l'instituer.

Sans doute, l'article 387 permet formellement de donner ou de léguer des biens aux enfants sous la condition expresse que le père et la mère n'en jouiront pas ; mais,

[1] IV, n° 324, et XXI, n° 121.

[2] § 504, texte et note 1, p. 265.

[3] Troplong, I, n° 61 ; Rodière et Pont, I, n° 74 ; Demolombe, VI, n°s 490 et 491 ; de Folleville, I, n° 21 *bis*.

Digitized by Google

comme nous le disions à propos de l'administration légale, autre chose est ce droit spécial, donné à un tiers dont la loi veut encourager les libéralités, autre chose l'abdication faite par le mari d'un droit attaché à sa future qualité de père ; en renonçant à ce droit, il renonce à une chose qui n'est pas dans le commerce.

Faisons remarquer, en terminant, que cette opinion a été formellement exprimée par MM. Treilhard et Berlier dans la discussion au conseil d'État de l'article 1388, [1] et les termes dont ils se sont servis, rapprochés de ceux de l'article 1388, nous paraissent trancher la question :

« Il (l'article) ne parle de la puissance paternelle, disait « Treilhard, que pour défendre les stipulations qui prive- « raient le père de son pouvoir sur la personne de ses en- « fants, et de l'usufruit de leurs biens. »

« La jouissance des revenus attachée au droit de garde, « ajoutait Berlier, n'est pas la matière de simples conven- « tions entre époux, c'est l'ordre établi par la loi dans les « familles ; et il n'y aura rien de fixe si l'on peut y « déroger. »

**115.** — *C. Dérogations aux droits du mari comme chef.* — L'article 1388 ne permet pas aux époux de déroger aux droits qui appartiennent au mari « comme chef » : que signifient ces expressions ? Nous croyons qu'elles sont empruntées à Pothier, [2] et qu'elles se réfèrent aux droits du mari comme chef de la communauté, droits qu'il ne peut abdiquer au profit de sa femme.

Mais, sous le régime de la communauté, le mari n'est pas seulement le chef de la communauté proprement dite, il est encore l'administrateur des biens propres de la femme, biens dont la jouissance est acquise à la communauté pendant sa durée.

Enfin, il continue d'administrer ses biens propres, pour

[1] Fenet, XIII, p. 541-543.

[2] *Traité de la communauté,* Introduction, n° 4.



Digitized by Google

l'administration et la jouissance desquels il a deux qualités ; celle de propriétaire et celle de chef de la communauté, à laquelle appartient la jouissance des biens du mari comme celle des biens de la femme.

Examinons jusqu'où s'étend l'interdiction faite au mari de déroger à ces droits qui lui appartiennent comme chef.

**116.** — Il est certain, d'abord, que le contrat de mariage ne peut pas stipuler que la femme régira les biens de son mari ; c'est ce qui a été formellement déclaré par Tronchet dans la discussion au Conseil d'État,[1] et ce qui résulte d'ailleurs trop évidemment des principes pour que nous devions insister sur cette question. Donner à la femme l'administration des biens du mari, ce ne serait pas seulement enlever à celui-ci les droits qui lui appartiennent comme chef, ce serait encore bouleverser les rôles dans le ménage, et donner à la femme l'autorité qui ne peut appartenir qu'au mari, d'après les dispositions du titre *du Mariage* comme d'après celles du titre du *Contrat de mariage*.[2]

Il est certain également, et par les mêmes motifs, que le mari ne peut donner par contrat de mariage à la femme l'administration des biens de la communauté : ce serait là encore une abdication des droits du mari comme chef, abdication textuellement prohibée par notre article 1388.[3]

**117.** — Mais le mari peut-il, sans renoncer à son droit d'administration de la communauté, s'interdire de les aliéner sans le concours de la femme ? La question est discutée, bien qu'elle ne nous paraisse pas beaucoup plus discutable que la précédente, et quelques auteurs soutiennent que cette clause est valable.[4]

[1] Fenet, XIII, p. 538.

[2] Troplong, I, n° 62; Rodière et Pont, I, n° 65. — *Voir* comme analogie, Cassation, 7 septembre 1808, Sirey, C. N., II, I, 578.

[3] Laurent, XXI, n° 125.

[4] Toullier, XII, n° 309; Duranton, XIV, n° 266.

Digitized by Google

« la puissance du mari sur la personne de la femme « comme chef, dit M. Duranton, n'en est point altérée ; « elle ne l'est que quant à l'administration des biens, et, « sous ce rapport, la loi laisse la plus grande latitude aux « époux. »

Cette opinion, généralement repoussée,[1] nous paraît en effet inacceptable, car elle repose sur une manifeste erreur dans l'interprétation de l'article 1388. Ce que l'article défend, lorsqu'il prohibe les dérogations aux droits du mari « comme chef, » ce ne sont pas les dérogations aux droits du mari sur la personne de la femme ; ces droits sont visés dans la première partie de l'article, « droits résultant de « la puissance maritale sur la personne de la femme, » et ce que défend la seconde partie que nous étudions, ce sont les droits du mari comme chef de l'association conjugale quant aux biens, comme chef de la communauté.

Il suit de là que si le contrat de mariage limite les droits du mari quant à la disposition des biens de communauté, il contrevient formellement au texte aussi bien qu'à l'esprit de l'article 1388.

**117.** I. — Les époux peuvent-ils, en adoptant le régime de la communauté, stipuler que les capitaux qu'ils apportent l'un et l'autre en mariage seront employés à l'acquisition d'un immeuble indivis, lequel ne sera point partagé pendant la durée du mariage, et devra, s'il est aliéné, être remplacé par un immeuble d'une valeur au moins égale ?

La question s'est présentée pour la première fois, à notre connaissance du moins, en 1884, et un jugement du tribunal de la Seine, confirmé par la Cour de Paris et par la Cour de Cassation, chambre des requêtes, qui a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de Paris, décide que cette sti-

[1] Paris, 7 mai 1855, Sirey, 56, II, 497 et Dalloz, 56, II, 257. — Troplong, I, n° 64 ; Rodière et Pont, I, n°s 66-67, Aubry et Rau, V, § 504, texte et note 3, p. 266-267 ; Laurent, XXI, n° 125.

Digitized by Google

pulation est valable, et, comme conséquence, juge que le mari ne peut, pendant le mariage, disposer de sa part ni contraindre la femme à en subir l'aliénation sans remploi.[1]

Cette opinion est très bien développée dans un remarquable rapport de M. le conseiller Ballot-Beaupré, à la suite duquel a été rendu l'arrêt du 30 novembre 1886. Son argumentation peut se résumer ainsi : la clause qui oblige les époux à rester dans l'indivision pendant la durée du mariage est sans doute prohibée, en général, par l'article 815, mais ce texte n'est pas applicable à l'indivision qui résulte d'une association ; les associés, et par suite les époux mariés sous le régime de la communauté, qui sont, eux aussi, des associés, peuvent convenir que l'indivision existera entre eux aussi longtemps qu'ils le voudront. D'un autre côté, cette indivision forcée, qui peut être inspirée aux époux par une pensée de sage prévoyance, ne déroge en rien aux droits du mari comme chef de la famille et de la communauté ; sans doute, il ne pourra provoquer le partage de cet immeuble, mais il en aura l'administration et la jouissance, et cela suffit.

Nous ne pouvons admettre cette opinion, malgré l'autorité qui s'attache à ces trois décisions qui l'ont successivement adoptée, et voici l'objection insurmontable, à notre avis, qu'elle soulève : la stipulation dont nous étudions la portée a pour conséquence de rendre *inaliénable* le patrimoine du mari pendant le mariage, ou du moins la portion de ce patrimoine qui a été consacrée à l'acquisition de l'immeuble indivis, ou, ce qui revient au même, de n'en permettre l'aliénation que moyennant remploi ; et une stipulation de ce genre nous paraît en complet désaccord avec les principes généraux du droit.

Le régime dotal permet à la femme de rendre ses biens inaliénables, mais aucun texte n'autorise le mari à frapper

[1] Paris, 6 juin 1885, et Cassation, 30 novembre 1886, Dalloz, 87, I, 49, et *Pandectes françaises*, 87, I, 117.

Digitized by Google

ses biens d'inaliénabilité ; et, comme la libre disposition des biens est d'ordre public, qu'ils ne peuvent être mis hors du commerce par la volonté de leurs propriétaires en dehors des cas prévus par la loi, cette stipulation nous paraît violer l'article 6 du Code civil.

Elle ne nous paraît pas moins contraire aux droits du mari comme chef de l'association conjugale. Grâce à cette clause d'indivision perpétuelle, les créanciers vis-à-vis desquels il aura contracté n'auront pas d'action sur sa part dans les biens indivis pendant la durée du mariage :

« Cette clause, dit avec raison M. Poncet, ne manquerait « donc pas de porter une grave atteinte au crédit du mari, « sans augmenter celui de l'association conjugale, et cette « considération est suffisante, semble-t-il, pour la faire « rejeter. Le seul but d'une stipulation de cette nature est de « restreindre les droits et l'autorité du mari, et de rendre à « peu près indisponible une partie de son patrimoine. Or « une stipulation qui produit de telles conséquences est « incompatible avec les prérogatives que la loi a réservées « au mari et auxquelles il ne saurait valablement renoncer « par contrat de mariage, tant dans son intérêt que dans « celui des tiers avec lesquels il sera appelé à contrac- « ter ».[1]

On objecte qu'en matière de société il est licite de mettre en commun la jouissance d'un immeuble appartenant aux associés, et de convenir que cet immeuble restera dans l'indivision pendant la durée de la société ; mais nous répondrons, avec M. Poncet, que l'analogie ne peut exister en cette matière entre les sociétés ordinaires et l'association conjugale, car l'article 1869 permet aux associés d'une société dont la durée est illimitée de provoquer la dissolution de la société, et ce droit, dont l'exercice est impossible dans l'association conjugale, est le correctif nécessaire de l'indivision illimitée dont nous nous occupons.

[1] *Note*, Dalloz, 87, I, 49.

Digitized by Google

Ajoutons qu'il serait fort à craindre, à notre avis, si une telle clause était définitivement reconnue valable, qu'elle ne se généralisât, et ne vînt ainsi aggraver les inconvénients réels du régime dotal : l'adoption du régime dotal rendrait indisponible le patrimoine de la femme, la clause d'achat d'immeubles communs et d'indivision forcée ne permettrait pas de toucher au patrimoine du mari. Une pareille conception serait de nature à tenter les pères de famille qui ne voient rien au delà de la conservation de la dot de leurs enfants, mais nous croyons qu'elle constituerait une violation des principes généraux de nos lois modernes, et qu'elle causerait un grand détriment au crédit public.

**118.** — Faut-il placer sur la même ligne que la clause que nous venons d'examiner celle par laquelle la femme déclarerait ameublir ses immeubles, en stipulant que le mari n'aura le droit de les aliéner que de son consentement ? Oui, d'après une première opinion : en ameublissant ses immeubles, la femme les a fait entrer en communauté. Or l'article 1388 lui défend de déroger aux droits que l'article 1421 accorde au mari comme chef de la communauté, et parmi ces droits figure le pouvoir d'aliéner seul les immeubles qui composent la communauté.

Nous n'admettons pas cette opinion : la clause d'ameublissement n'a pas toujours la même portée, comme nous le verrons en étudiant les articles 1505 à 1509 ; c'est ainsi, notamment, que si la femme n'ameublit des immeubles que pour une certaine somme, l'article 1507 dispose que le mari ne peut les aliéner qu'avec le consentement de la femme. Si la femme stipule, en ameublissant ses immeubles, que le mari ne pourra les aliéner sans son consentement, elle ne les fait entrer qu'imparfaitement dans la communauté ; l'ameublissement n'est pas complet, il n'est pas translatif de propriété au profit de la commu-

Laurent, XXI, n° 125 ; Aubry et Rau, V, § 504, texte et note 3, p. 266-267.

Digitized by Google

nauté, mais précisément le Code permet de donner à l'ameublissement ce caractère incomplet et indéterminé.

Comme on le voit, dans notre système, la clause ne diminue en rien les pouvoirs du mari comme chef : il n'aura pas le droit de disposer seul de l'immeuble ameubli, mais cela tient à ce que l'immeuble n'est pas entré complètement dans la communauté.

MM. Aubry et Rau objectent que la conséquence de ce droit, reconnu à la femme, doit être de ne pas donner effet aux dettes du mari sur les immeubles ainsi ameublis, car, si on permettait au mari de les engager par l'effet des obligations qu'il contracte, on l'autoriserait ainsi à les aliéner indirectement ; et les savants auteurs objectent que ce système porte atteinte aux droits du mari comme chef, puisque ses obligations ne pourront être exécutées sur certains biens de la communauté.

L'objection est plus spécieuse que fondée : du moment où les immeubles ne sont pas entrés complètement dans la communauté, il est logique que le mari, qui ne pourrait pas les aliéner, ne puisse pas les engager par l'effet de ses obligations. Ce n'est pas porter atteinte à ses droits de chef de la communauté, puisque ces biens ne sont pas des biens de communauté dans le sens complet du mot, et que, d'un autre côté, le mari conserve les droits les plus étendus sur le patrimoine de communauté proprement dit.

Faisons remarquer, à ce propos, que l'arrêt de la Cour de Paris du 7 mai 1855 cité au numéro 117, et que M. Laurent invoque à l'appui de l'opinion que nous venons de combattre, doit être écarté du débat : en effet, les époux avaient stipulé une communauté universelle, et déclaré que le mari ne pourrait vendre, aliéner, ni hypothéquer sans le concours de la femme. La Cour a annulé cette clause ; nous approuvons cette solution, parce que la clause ainsi formulée portait atteinte aux pouvoirs du mari comme chef ; mais cette convention est toute différente de celle que nous discutons, et qui n'a d'autre résultat que de

Digitized by Google

limiter les effets de l'ameublissement consenti par la femme.

**119.** — Recherchons maintenant si le contrat de mariage peut déroger, et dans quelle mesure, aux droits d'administration et de jouissance qui appartiennent au mari, comme chef de la communauté, sur les biens propres de la femme.

On s'accorde à reconnaître que le contrat de mariage peut réserver à la femme la jouissance et l'administration d'une partie de ses biens.[1] Pothier en donne un motif décisif :

« La femme pouvant valablement convenir, dit-il, qu'elle « jouisse séparément de tous ses biens, il s'ensuit qu'elle « peut pareillement convenir valablement qu'elle jouira « séparément d'un certain héritage, des revenus duquel « elle pourra disposer à son gré pendant tout le temps « que le mariage durera, et établir au surplus une com- « munauté de biens avec son futur époux. C'est une con- « séquence de ce principe que qui peut le plus, peut le « moins. »[2]

**120.** — Sous le régime exclusif de communauté, l'article 1535 décide expressément qu'il peut être convenu que la femme touchera, sur ses seules quittances, certaines portions de ses revenus ; et, sous le régime dotal, l'article 1549 reproduit la même disposition quant aux revenus de la dot.

Nous aurons à examiner si les époux, qui adoptent le régime dotal, peuvent réserver à la femme l'administration de biens que le contrat de mariage déclare dotaux ; mais cette question se rattache moins à l'étude de l'article 1388 qu'à celle de l'article 1549, et c'est en recherchant la portée de ce dernier texte que nous la traiterons.

[1] Rodière et Pont, I, n° 68 ; Troplong, I, n° 66 ; Aubry et Rau, V, § 504, texte et note 4, p. 267.

[2] *Traité de la communauté*, n° 466.

Digitized by Google

**120.** — Nous croyons que, sous aucun régime, ni sous le régime de communauté, ni sous le régime exclusif de communauté, les futurs époux ne pourraient convenir que le mari n'aurait pas le droit de donner à bail ou à ferme les immeubles de la femme, sans le consentement de celle-ci.

L'opinion contraire, adoptée par MM. Rodière et Pont,[1] nous paraît en contradiction, sous le régime de la communauté, avec l'article 1388, sous le régime exclusif de communauté avec les articles 1531 et 1534, et sous tous les régimes, avec les principes généraux qui gouvernent l'administration des biens de la femme.

Sous le régime de la communauté, l'article 1388 déclare qu'il n'est pas permis de déroger aux droits du mari comme chef, et il est difficile de supposer une clause plus compromettante pour son autorité que cette clause qui subordonnerait ses pouvoirs à la volonté de la femme. Toute autre est la clause, dont nous venons de reconnaître la validité, qui laisse à la femme commune en biens l'administration et la jouissance d'une partie de ses biens ; c'est un mélange licite de la communauté et de la séparation de biens. Le mari n'a de droit que sur une partie du patrimoine de la femme, mais, sur cette partie, son autorité comme chef n'est point compromise.

De même, sous le régime exclusif de communauté, les articles 1531 et 1534 prévoient que la femme peut avoir l'administration d'une partie de sa dot, dont le surplus est administré par le mari, mais ils n'admettent nullement une administration du même bien partagée entre le mari et la femme, le mari administrant sous l'autorité de la femme.

Nous ajoutons que sous tous les régimes, cette situation nous paraît incompatible avec le rôle des époux dans le ménage : le mari peut ne pas avoir l'administration des biens de la femme, suivant le régime adopté, mais il ne peut pas lui être subordonné pour cette administration ;

[1] I, n° 68.

Digitized by Google

une telle situation est incompatible avec la dignité du mari et avec l'autorité qui lui est nécessaire dans le ménage.

Nous pouvons invoquer, à l'appui de notre opinion, un autre passage du traité de MM. Rodière et Pont, dans lequel les savants jurisconsultes nous paraissent avoir posé les vrais principes de la matière. Ils examinent notre question sous le régime dotal, et se demandent si l'on peut stipuler que le mari n'aura le droit de louer ou d'affermer l'immeuble dotal qu'avec l'autorisation de la femme. Voici leur réponse :

« Nous inclinons, disent-ils, pour la négative. La loi, en « effet, ne nous semble autoriser nulle part une pareille « combinaison. Tantôt elle attribue l'administration des « biens de la femme au mari, tantôt elle la laisse à la « femme elle-même. Elle l'attribue au mari pour les pro- « près de communauté, pour les biens de la femme mariée « simplement en communauté, et pour la dot sous le régime « dotal ; elle l'attribue à la femme en cas de séparation de « biens contractuelle ou judiciaire, comme aussi pour ses « paraphernaux sous le régime dotal ; mais jamais elle ne « suppose que le droit d'administrer puisse se diviser « entre les époux.

« Il y aurait deux inconvénients notables à scinder ainsi « l'administration ; le premier, c'est que les actes d'admi- « nistration étant très fréquents, et pour ainsi dire de tous « les jours, il pourrait en résulter pour les époux des colli- « sions incessantes et qui troubleraient nécessairement « l'harmonie si désirable de l'union conjugale ; le second, « c'est qu'au moins à l'égard des propriétés rurales, l'inté- « rêt général de l'agriculture exige que le droit d'admini- « trer ne soit soumis à aucune entrave. [1] »

Voilà, à notre avis, les véritables règles du droit, non-seulement sous le régime dotal, mais sous tous les régimes matrimoniaux.

[1] III, n° 1739.

Digitized by Google

124. — D. *Dérogations aux droits de l'époux survivant.* — « Les époux ne peuvent déroger, dit l'article 1388, « aux droits conférés au survivant des époux par le titre « *de la Puissance paternelle*, et par le titre *de la Minorité, « de la Tutelle et de l'Émancipation.* »

Les droits conférés au survivant des époux par le titre de la Puissance paternelle sont les droits de garde, de correction et d'usufruit légal : il faut y ajouter le droit de consentir au mariage ou à l'adoption de ses enfants, car, si ce droit est donné au survivant par les articles 149 et 346, placés l'un au titre du Mariage, l'autre au titre de l'Adoption, ces deux textes ne sont néanmoins que le développement d'un article du titre de la Puissance paternelle, l'article 372, qui pose le principe de l'autorité paternelle.

Le droit accordé au titre de la Tutelle est le droit de tutelle naturelle et légale créé par l'article 390, pour le survivant des père et mère. Lors de la discussion au Conseil d'État, Cambacérès avait demandé qu'il fût permis de déroger à cette règle : « Par exemple, disait-il, il n'y aurait « aucun motif de défendre la stipulation par laquelle des « parents sages, craignant que la femme, jeune encore, ne « puisse porter le poids de la tutelle, conviendraient que, « dans le cas de la mort du mari, elle ne deviendra pas « tutrice avant l'âge de vingt-cinq ans. »

Berlier répondit avec raison que, au titre de la Tutelle, on avait repoussé toutes les propositions qui tendaient à priver la mère du titre de tutrice, et que l'on avait en même temps protégé les enfants contre sa faiblesse en autorisant le père à nommer un conseil de tutelle : l'article 1388 était donc conforme aux principes déjà adoptés.[1] C'est à la suite de ces observations, qui en précisent la portée, que la prohibition que nous étudions fut adoptée.

[1] Fenet, XIII, p. 541-542.

Digitized by Google

## § IV

### *Des clauses dérogeant à l'ordre légal des successions.*

**122.** — L'article 1389 prohibe toute convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions. Cette prohibition est inspirée, d'abord, par les motifs qui ont dicté les articles 791 et 1130, qui défendent tout pacte sur une succession future ; puis il y avait un motif spécial pour défendre ces pactes dans les contrats de mariage, car ils étaient très nombreux dans l'ancien droit.

C'est ainsi que, dans les coutumes qui n'excluaient pas les filles de la succession de leurs père et mère, il était permis de les faire renoncer à cette succession par leur contrat de mariage, en échange de la dot qui leur était constituée ; et ces renonciations, qui avaient pour but de consacrer le droit de masculinité, étaient fréquentes dans les mœurs de l'ancienne société française.[1]

D'autres stipulations, non moins usitées, contenaient renonciation de la part des enfants puînés à leurs droits successoraux, au profit de l'aîné.

C'est ainsi encore que par la clause, dite clause *d'affrérissement,* on donnait aux enfants du premier lit de l'un des conjoints les droits d'un enfant dans la future succession de l'autre conjoint, comme s'il fût né du nouveau mariage, et non d'un premier lit.[2]

D'autres clauses avaient pour but de déroger aux droits héréditaires des futurs époux dans la succession de leurs enfants : telle était la clause qui décidait que les meubles,

[1] *Voir* Argou, *Institution au droit français,* Liv. III, Chap. XVII.
[2] Merlin, Répert., V° *Affrérissement.*

Digitized by Google

que les parents recueilleraient dans la succession de leurs enfants, auraient nature de propres. A ce moyen, on évitait que les meubles ne passent d'une famille dans l'autre, si l'époux propriétaire venait à mourir, et après lui ses enfants : l'époux survivant aurait alors recueilli ces meubles, dans la succession des enfants, s'ils n'avaient été déclarés propres.[1]

Ce sont toutes ces clauses, dont le résultat était de changer l'ordre des successions, soit dans la succession des parents, soit dans la succession des enfants, parfois même dans les successions collatérales, que l'article 1389 a voulu proscrire.

**123.** — L'article 1389 est incorrectement rédigé, et, à s'en tenir à la lettre, il ne prohibe pas toutes les clauses que le législateur a certainement entendu prohiber.

En effet, l'article ne vise que les conventions dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions, soit par rapport aux époux dans la succession de leurs enfants, soit par rapport aux enfants dans la succession les uns des autres.

Mais les clauses les plus fréquentes, dans l'ordre d'idées où le législateur a voulu se placer, sont précisément celles dont il ne parle pas : ce sont les clauses qui prévoient le fait le plus naturel, le prédécès des époux, et qui modifient l'ordre légal dans leur succession par rapport à leurs enfants, celles qui rétabliraient le droit d'aînesse ou le droit de masculinité, par exemple.

Malgré la lacune de l'article 1389, il n'en faut pas moins tenir ces clauses pour prohibées ; le texte des articles 791 et 1130, d'un côté, et de l'autre l'exposé des motifs de l'article 1389 suffisent pour conduire à cette solution : « ..... Toutes « conventions tendantes à intervertir l'ordre légal des suc- « cessions sont spécialement défendues, disait Berlier. »[2]

[1] Troplong, I, n° 128.
[2] *Exposé des motifs au Corps législatif*, Fenet, XIII, p. 663.

Digitized by Google

**124.** — Il faut aussi faire entrer dans la prohibition générale des pactes sur une succession future les conventions par lesquelles les futurs époux établiraient, au profit de leurs héritiers collatéraux, un ordre de succession différent de l'ordre légal.

C'est ainsi, par exemple, que la jurisprudence a annulé, avec raison, la clause par laquelle on avait stipulé que les biens du futur époux, qui lui venaient du côté de sa mère, retourneraient à ses héritiers maternels, après le décès de sa femme instituée usufruitière pour le cas de survie : cette exclusion des héritiers paternels de l'époux, qui faisait revivre la règle de l'ancien droit *paterna paternis, materna maternis*, était incompatible avec les principes de notre droit nouveau, où l'on ne doit rechercher ni la nature ni l'origine des biens pour en déterminer la dévolution.[1]

C'est ainsi encore que l'on a annulé une clause assez usitée dans certaines contrées, notamment en Bretagne, et par laquelle tout ce dont le survivant décèdera propriétaire sera partagé par moitié entre ses héritiers et ceux de l'époux prédécédé.[2]

Ces stipulations, et toutes celles du même genre qui dérogent à l'ordre légal des successions, n'importe de quelle succession il s'agisse, sont interdites.[3]

**125.** — Après avoir posé la règle que toutes les stipulations tendent à modifier l'ordre légal des successions sont prohibées ; l'article 1389 ajoute : « sans préjudice des « donations entre vifs ou testamentaires qui pourront avoir « lieu selon les formes et dans les cas déterminés par le « présent Code ».

[1] Bruxelles, 16 mai 1824, Sirey, c. N., VII, II, 328.

[2] Cassation, 10 mars 1869, Sirey, 96, I, 319, et Dalloz, 69, I, 336. — *Contrà*, Rennes, 10 janvier 1866, Sirey, 66, II, 105.

[3] Rodière et Pont, I, n° 78 ; Aubry et Rau, V, § 504, texte et note 15, p. 271 ; Laurent, XXI, n°s 129-132.

Digitized by Google

Le contrat de mariage peut en effet renfermer des donations, qui sont alors régies par les articles 1081 et suivants, et qui sont entourées à ce titre de faveurs exceptionnelles, dont l'examen se rattache au titre *Des donations entre vifs et des testaments :* rappelons seulement la plus importante de ces faveurs, le droit de donner aux futurs époux ou à l'un d'eux les biens à venir du disposant, de les instituer contractuellement.

**126.** — Les futurs époux peuvent, comme nous le verrons, régler par le contrat de mariage la distribution entre eux de la communauté légale, ou de la communauté d'acquêts, et convenir, par exemple, qu'elle appartiendra au survivant : ce n'est pas là un pacte sur une succession future, c'est le règlement de l'espèce de société que les époux ont établie entre eux. Mais les futurs époux peuvent-ils stipuler que la communauté d'acquêts appartiendra en propriété aux enfants à naître du mariage, à l'exclusion de l'époux survivant, qui n'aurait sur les biens composant la société d'acquêts que des droits d'usufruit ?

La question est controversée.

Pour soutenir que cette stipulation est valable, on invoque d'abord les précédents historiques : il est certain, en effet, que la clause était considérée comme licite dans notre ancien droit, et notamment dans le ressort du parlement de Bordeaux, où l'on peut dire, suivant les expressions de MM. Rodière et Pont, qu'elle était de style. On ajoute que M. Duveyrier, dans son rapport au Tribunat, en a formellement reconnu la légalité : « On pourra encore stipuler, « dit-il, la totalité des acquêts en faveur de l'époux survi- « vant, ou des acquêts en faveur des enfants, pourvu que « l'ordre légal des successions soit maintenu et la loi limi- « tative des donations respectée ».[1] Enfin on fait remarquer que cette convention n'est point une donation, mais une convention de mariage, un pacte de la société conju-

[1] Fenet, XIII, p. 765.

Digitized by Google

gale qui ne transmet point la propriété de biens présents et actuels, mais qui fixe le sort de biens éventuels : cette clause doit donc être validée, par application de l'article 1387, qui laisse la plus grande liberté aux futurs époux pour régler leurs conventions matrimoniales. [1]

L'opinion contraire paraît avoir prévalu en jurisprudence, et nous croyons que c'est avec raison.

Nous écartons d'abord l'autorité de l'ancien droit, car il est certain que la disposition de l'article 1389 est nouvelle, et que les stipulations que cet article a pour but d'interdire étaient autorisées dans notre ancien droit. Il importe donc peu que celle dont nous nous occupons fût permise, l'unique question est de savoir si elle n'est pas prohibée par la règle nouvelle de notre article, et par les règles générales sur les dispositions à titre gratuit.

Or, à ce point de vue, comme le dit très bien la Cour de Bordeaux, la stipulation faite au profit des enfants constitue une donation à cause de mort, et une libéralité en faveur de bénificiaires qui ne sont pas encore conçus : à ce double point de vue, elle est nulle. De plus, ajoutons avec M. Labbé que s'il y a des enfants d'un précédent mariage, cette clause déroge à l'ordre légal des successions, en attribuant les acquêts aux enfants à naître du mariage, à l'exclusion des enfants du premier lit ; et, s'il n'y a pas d'enfants d'un précédent mariage, elle porte atteinte à la dignité de la puissance paternelle, en enlevant aux parents la liberté de disposer d'une partie de leurs biens, et en leur permettant d'abdiquer à l'avance ce droit de disposition, au profit d'enfants qui n'en seront peut-être pas dignes.

On objecte que ce n'est pas une libéralité, mais une convention de mariage : nous répondrons que pour être contenue dans un contrat de mariage, cette convention ne perd pas pour cela son caractère de libéralité envers les enfants

[1] Rodière et Pont, II, n° 1226 ; Troplong, III, n° 1858-1860 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, IV, p. 179, note 22.

Digitized by Google

qu'elle gratifie, et elle doit par suite être soumise aux règles qui gouvernent toutes les libéralités.

Il reste, il est vrai, en faveur de l'opinion que nous combattons, les paroles précitées du tribun Duveyrier : mais, quelle qu'en soit l'autorité, elles ne peuvent suffire pour rendre licite une stipulation aussi contraire aux règles des donations qu'à la dignité de la puissance paternelle.[1]

## § V

### *Des clauses se référant à une ancienne Coutume, ou à une Législation étrangère.*

**127.** — « Les époux ne peuvent, dit l'article 1390, « stipuler d'une manière générale que leur association « sera régie par l'une des coutumes, lois ou statuts lo- « caux qui régissaient ci-devant les diverses parties du « territoire français, et qui sont abrogés par le présent « Code. »

Le Code civil avait pour but de substituer l'unité de la législation à la variété des anciennes coutumes : or ce but n'eût été atteint que d'une façon incomplète s'il eût été permis, dans la matière du contrat de mariage, de se référer aux anciennes coutumes, et de perpétuer, comme lois de l'État, toutes ces coutumes ou statuts locaux. Dans chaque province, on se serait référé à la coutume locale par des clauses qui seraient devenues de style.

« Cette disposition, disait M. Berlier, qui, au premier « coup d'œil, ne semble renfermer rien de contraire à « l'ordre social, aurait cependant l'inconvénient majeur

[1] Bordeaux, 18 août 1864, Sirey, 65, II, 15, et Dalloz, 66, II, 217; Bordeaux, 23 août 1865, Sirey, 66, II, 81, et *note* de M. Labbé ; et Dalloz, 66, II, 217. — Aubry et Rau, V, § 504, texte et note 16, p. 271-272 ; Laurent, XXI, n° 133.



Digitized by Google

« de perpétuer, comme lois de l'État, cette foule d'usages « divers qui couvraient le territoire français. Le but du « Code civil serait totalement manqué s'il pouvait en être « ainsi. »[1]

**128.** — Telle est la règle : mais il importe d'en bien préciser la portée. Ce que l'article 1390 défend, c'est de se référer « d'une manière générale » aux anciennes coutumes ou statuts locaux : « Sans néanmoins porter atteinte, disait « Berlier dans le passage précité de l'exposé des motifs, à « la faculté qui appartient aux époux de stipuler *spécialement*, et sauf les limites ci-dessus indiquées, tout ce « qu'il leur conviendra. » Qu'a voulu dire le législateur en « permettant de se référer « spécialement » aux anciennes coutumes ?

D'après M. Toullier, ces expressions signifieraient que, tandis qu'il est défendu aux époux de stipuler que leurs intérêts seront régis, d'une manière générale, par la coutume de Paris ou par celle de Normandie, il leur est permis de se référer, d'une façon spéciale, à tel article d'une coutume.[2]

Cette opinion est restée isolée, et cela devait être, par un triple motif.

En premier lieu il eût été difficile, dans ce système, de tracer la ligne de démarcation entre la relation spéciale à la coutume permise, et la relation générale prohibée : en effet, si on peut se référer à un article, pourquoi pas à dix, à vingt articles, à un chapitre entier ?

En second lieu, renvoyer à un article déterminé, c'eût été laisser subsister dans la pratique cette législation ancienne que le Code voulait abroger :

« Les traditions, dit très justement M. Colmet de San- « terre, ont une grande force ; les familles sont souvent es- « claves de ces traditions, et le Code n'aurait pas déraciné

[1] *Exposé des motifs au Corps législatif*, Fenet, XIII, p. 664.
[2] XII, 7.

Digitized by Google

« les anciennes habitudes si, au moment de la transition, « il avait autorisé des stipulations par renvoi aux numéros « des articles des coutumes abrogées. »

Enfin, ce renvoi, même spécial, à une législation ancienne, eût été un moyen de faire revivre cette législation, que le Code voulait abroger, de la faire revivre comme loi de l'État.

Aussi, sauf le dissentiment de M. Toullier, la jurisprudence et la doctrine sont-elles unanimes pour décider que les futurs époux ne peuvent se référer même à un article spécial d'une coutume.[1]

**129.** — La Cour de Grenoble, dans l'arrêt que nous venons de citer du 6 juin 1829, a donné à l'article 1390 une interprétation dont M. Laurent critique la rigueur ; elle a jugé que la stipulation dans un contrat de mariage que le futur époux promettait à la future un *augment* en cas de survie, plus des *bagues et joyaux* sur le pied des constitutions à elle faites, était prohibée par l'article 1390.

Cette solution n'est pas exacte, dit le savant jurisconsulte : les époux n'avaient cité ni coutume ni article de coutume, ils avaient emprunté à la tradition un gain de survie, et l'avaient écrit dans le contrat ; et, pour l'interpréter, il suffisait d'ouvrir le Dictionnaire de Ferrière ou le Répertoire de Merlin, sans recourir aux coutumes abrogées.

Nous croyons, pour nous, que la Cour de Grenoble a bien jugé : ce qu'il faut, ce que veut l'article 1390, c'est que le contrat de mariage soit l'unique loi des époux, et que, pour l'appliquer, on ne soit pas obligé de consulter les dispositions de l'ancien droit. Or il importe peu que le contrat de mariage renvoie au texte de la coutume ou à son commen-

[1] Poitiers, 16 mars 1826, Sirey, C. N., III, II, 212 ; Grenoble, 6 juin 1829, Sirey, C. N., IX, II, 283 ; Cassation, 28 août 1833, Sirey, 33, I, 744. — Rodière et Pont, I, nos 80-81 ; Aubry et Rau, V, § 273, texte et note 20, p. 273 ; Colmet de Santerre, VI, nos 7 *bis* I et 7 *bis* II ; Laurent, XXI, nos 138-140.

Digitized by Google

taire : du moment où le contrat ne suffit pas par lui-même, où les juges ne peuvent l'interpréter qu'en se référant à l'ancien droit, l'article 1390 n'est pas respecté.

Il suffit, dit M. Laurent, d'ouvrir Ferrière ou Merlin : mais supposons que les époux déclarent adopter « le ré-« gime dotal normand », il suffirait d'ouvrir le Dictionnaire de Houard pour connaître le sens de ces espressions ; et cependant nul doute qu'un tel contrat de mariage ne fût nul, bien qu'il ne vise aucun article spécial d'une coutume.

Aussi croyons-nous qu'il faut déclarer prohibées par l'article 1390 : 1° toute relation générale à une coutume ou à un statut local ; 2° toute relation spéciale à tel ou tel article d'une coutume ; 3° toute relation à une institution coutumière, dont le sens ne peut être déterminé qu'en interrogeant soit le texte, soit le commentaire des coutumes ou des statuts abrogés.

**130**. — Nous venons de voir ce que défend l'article 1390. Voici maintenant ce qu'il permet : c'est de reproduire, dans le contrat de mariage, les dispositions spéciales de telle ou telle partie d'une coutume, qui deviendront alors valables, non pas comme dispositions coutumières, mais comme expression de la volonté des parties contractantes.

La discussion de l'article 1390 au conseil d'État précise très clairement cette latitude laissée aux futurs époux. Le consul Cambacérès objectait que la disposition de l'article 1390 se conciliait difficilement avec celle de l'article 1389, qui laisse aux parties une liberté indéfinie dans leurs conventions matrimoniales.

M. Berlier répondit :

« Cette faculté n'est point blessée *quant à la matière :* « elle n'est restreinte que *quant à la forme.* Les époux sti-« puleront en détail toutes les conditions de leur union. La « défense de rappeler les anciennes lois ou coutumes « comme règles des conventions futures n'empêchera pas « de convertir leurs dispositions en stipulations *spéciales.* »

Digitized by Google

M. Treilhard ajouta :

« Cette disposition ne gêne la liberté de personne, puis-
« que chacun conserve la faculté de faire passer dans son
« contrat de mariage les dispositions de la coutume qu'il
« prend pour règle, pourvu qu'il les énonce. »[1]

Ainsi entendu, l'article 1390 renferme une règle très sage : les parties ne peuvent se référer aux dispositions coutumières, mais elles peuvent se les approprier en les transcrivant dans leur contrat de mariage, pourvu que ces clauses n'aient rien de contraire aux dispositions prohibitives du Code. Ainsi se trouvent conciliés le principe de la liberté des conventions matrimoniales, et la nécessité, surtout dans les premières années qui ont suivi la promulgation du Code, de rompre avec l'ancien droit coutumier pour établir d'une manière sérieuse l'unité de la législation civile.

**131.** — Les futurs époux peuvent-ils déclarer que leurs conventions matrimoniales seront régies par une législation étrangère ? Nous écartons, bien entendu, l'hypothèse où les règles de la loi étrangère seraient contraires à des principes considérés en France comme d'ordre public, ou à des dispositions prohibitives de la loi française : les futurs époux ne peuvent adopter en France de pareilles clauses, soit qu'ils les stipulent directement, soit qu'ils les empruntent à une législation étrangère, car dans les deux cas elles tombent sous le coup des articles 1387 et 1388 *in fine*.

La question ne naît donc que si les dispositions de la loi étrangère sont licites, au point de vue de la loi française ; et nous croyons, dans ce cas, qu'il est permis aux futurs époux de s'y référer, par les motifs suivants.

En premier lieu, l'article 1387 accorde aux futurs époux une liberté absolue d'arrêter leurs conventions matrimoniales à leur gré ; et comme l'article 1390 ne défend que le renvoi aux anciennes coutumes, il en faut conclure que le renvoi à une législation étrangère est permis.

[1] Fenet, XIII, p. 534-536.

Digitized by Google

En second lieu, les dangers ne sont pas les mêmes : le législateur a pu craindre, en 1804, au moment où il abrogeait une législation coutumière qui avait de profondes racines dans chaque province, que les époux ne fussent tentés de faire revivre, sous une forme ou sous l'autre, des dispositions qui étaient passées dans les mœurs. Il n'y a rien de pareil à craindre lorsqu'il s'agira d'une législation étrangère, à laquelle on ne peut supposer que beaucoup d'époux français soient attachés.

Nous ajouterons un dernier motif : lorsque les Français se marient à l'étranger, sans faire de contrat de mariage, une doctrine accréditée, et à laquelle nous nous rallierons, enseigne qu'on doit le plus souvent les réputer mariés sous la loi du lieu où leur mariage a été célébré, par interprétation de leur volonté. Or, si la volonté présumée des époux peut leur faire appliquer les dispositions de la loi étrangère, à plus forte raison leur volonté formellement exprimée doit-elle produire cet effet.[1]

## § VI

### *Des clauses contraires aux dispositions prohibitives du Code.*

**132.** — « Les époux ne peuvent déroger, dit l'article « 1388 *in fine*, aux dispositions prohibitives du présent « Code. » Cette règle, qui est la sanction des dispositions prohibitives édictées par le législateur, n'a pas été admise sans difficulté avec la forme que lui donne l'article 1388. En effet, dans la discussion de ce texte au conseil d'État,

[1] Rodière et Pont, I, n° 82 ; Aubry et Rau, V, § 504, texte et note 23, p. 273-274 ; Colmet de Santerre, VI, n° 7 *bis* II ; Laurent, XXI, n° 141.

Digitized by Google

M. Bérenger présenta les observations suivantes, qui furent appuyées par M. Bigot-Préameneu, et combattues par M. Tronchet :

« La disposition relative aux prohibitions est dangereuse. « Il est impossible qu'il n'y ait pas quelque défaut d'atten- « tion dans un ouvrage aussi immense que le Code civil. « On a donc à craindre qu'il ne se glisse dans les articles, « par lesquels on n'aura point voulu établir de prohibition, « quelques expressions qui paraissent ensuite prohibitives, « et qui donnent lieu à des contestations. La meilleure mé- « thode serait d'énoncer, dans le plus grand détail, les « clauses relatives aux biens qu'il serait défendu de stipu- « ler ; il en résulterait aussi l'avantage de pouvoir mieux « peser les prohibitions qu'il convient de faire.

« M. Bigot-Préameneu pense, comme M. Bérenger, « qu'une expression négative ne constitue pas une prohi- « bition, et que cet effet ne doit être attaché qu'à une « clause prohibitive. Il propose de rédiger l'article dans ce « sens.

« M. Tronchet dit que l'énonciation proposée par M. Bé- « renger serait beaucoup trop longue, et pourrait donner « lieu à des omissions dont les conséquences seraient dan- « gereuses ; que ces considérations ont décidé à donner à « l'article la forme sous laquelle il est présenté, en se ré- « servant d'exprimer d'une manière formelle dans les au- « tres les prohibitions qui pourront en résulter. »[1]

A la suite de cette discussion, l'article fut admis sans modifications.

La rédaction de l'article 1388 nous paraît meilleure que celle que proposait M. Bérenger : il eût été bien difficile, en effet, de reprendre, à propos de la rédaction du contrat de mariage, l'énumération de toutes les prohibitions du Code relatives aux intérêts pécuniaires des époux.

Mais nous croyons, avec M. Laurent,[2] qu'un enseigne-

[1] Fenet, XIII, p. 544-545.
[2] XXI, n° 134.

Digitized by Google

ment se dégage des travaux préparatoires que nous venons de reproduire : c'est que, pour savoir si une disposition est ou non prohibitive, il ne faut pas s'attacher à l'emploi de la négative dans le texte, mais rechercher si, malgré la forme employée, les rédacteurs du Code ont voulu établir une prohibition.

Nous allons en donner un exemple, emprunté à l'organisation de l'hypothèque légale de la femme mariée : l'article 2135 indique la date et les causes de cette hypothèque, sans dire que la convention des parties ne pourra lui assigner une date différente de celle fixée par le législateur. Néanmoins l'on reconnaît que cette disposition est prohibitive, dans la pensée du législateur, et qu'il serait contraire à la règle d'ordre public de l'article 2135 de donner une autre date à l'hypothèque de la femme, de stipuler, par exemple, que l'hypothèque ne datera, pour les créances constituées en dot, que du jour où le mari en aurait effectué le recouvrement.[1]

Ces dispositions prohibitives sont d'ailleurs très nombreuses, et nous ne pouvons avoir la pensée de les indiquer ici, leur examen devant être fait avec les diverses parties du Code auxquelles elles se rattachent : nous citerons seulement, à titre d'exemples, les prohibitions des articles 791, 1130, 1096, 1395, 1399, 1443 *in fine*, 1450 *in fine*, 1483, 1521, 1595, 2135 et 2140.

[1] Grenoble, 7 mars 1868, Sirey, 68, II, 339 et Dalloz, 68, II, 171. — Aubry et Rau, V, § 504, texte et note 13, p. 270.

Digitized by Google

## CHAPITRE II

### DE LA DOT

**133.** — La dot, dans le sens propre du mot, est définie par l'article 1540, « le bien que la femme apporte au mari « pour supporter les charges du mariage. » Ces biens apportés par la femme peuvent l'être soit en propriété, comme sous le régime de la communauté universelle, soit en jouissance seulement, comme sous le régime dotal.

L'étendue de la dot varie suivant le régime que les époux ont adopté : sous le régime de la communauté, tous les biens de la femme sont, à moins de clause contraire, dotaux, soit quant à la propriété, soit quant à la jouissance. De même, sous le régime exclusif de communauté, il résulte de l'article 1530 que tous les biens de la femme sont dotaux quant à la jouissance, à moins de stipulation contraire.

Sous le régime dotal, au contraire, il n'y a de dotaux que les biens que la femme s'est spécialement constitués en dot, ou qui lui ont été, sauf stipulation contraire, donnés par contrat de mariage (article 1541).

On appelle paraphernaux, sous le régime dotal, les biens de la femme qui ne sont point dotaux : sous les autres régimes, les biens que la femme n'a point apportés en dot n'ont pas de nom spécial.

Digitized by Google

**134.** — Sous le régime de la séparation de biens, la femme conserve la propriété et la jouissance des biens qui lui appartiennent, et elle doit seulement contribuer dans la proportion indiquée par l'article 1537 aux charges du ménage, à concurrence du tiers de ses revenus. L'article 1575 renferme une disposition semblable sous le régime dotal, si tous les biens de la femme sont paraphernaux. Peut-on dire, sous ces deux régimes, qu'il y ait une dot ?

Oui, disent MM. Colmet de Santerre [1] et Laurent [2] : cette contribution de la femme aux charges du mariage à concurrence du tiers de ses revenus, c'est la dot.

Nous croyons plus exact de dire, avec MM. Aubry et Rau, [3] que la clause de séparation de biens et la paraphernalité de tous les biens de la femme sont exclusives de l'idée de dot. Sous ces deux régimes, en effet, la femme n'apporte aucun bien au mari, ni en propriété, ni en jouissance : il n'y a donc pas de dot, d'après la lettre de l'article 1540 ; nous ajoutons qu'il n'y a pas de dot non plus d'après le langage ordinaire de la pratique, car la dot, dans ce langage, c'est le bien sur lequel le mariage donne au mari certains droits, et ici il n'en a aucun.

Dans ces deux hypothèses, il n'y a pas de bien dotal, partant pas de dot : il y a seulement contribution de la femme, chaque année, aux charges du ménage, mais ce n'est pas là une dot.

**135.** — Dans cette acception, le mot « dot » comprend non-seulement ce qui est apporté par la femme au mari, mais aussi ce qui est donné par contrat de mariage à la femme par des tiers, de manière que le mari en ait la propriété ou la jouissance pendant le mariage.

« On entend par dot, dit Denisart, tous les biens que la

[1] VI, n° 9 *bis* IV.
[2] XXI, n° 157.
[3] V, § 500, texte, p. 221. — Voir *suprà*, Tome I, n° 82.

Digitized by Google

« femme, *ou autre pour elle*, donne à son mari, pour en « jouir pendant le mariage, et l'aider à en supporter les « charges. »[1]

« Dot, dit Ferrière, est tout ce que la femme, *ou autre « pour elle*, donne au mari pour en jouir et faire les fruits « siens pendant le mariage, à l'effet d'en soutenir les « charges. »[2]

Dans un sens plus large, l'expression « dot » signifie à la fois les biens apportés par la femme en mariage, et les biens apportés par le mari.

C'est dans ce sens que les articles 1438 et 1439 emploient le mot dot, lorsque ces deux textes déterminent les conséquences de la dot constituée au fils ou à la fille par des époux mariés sous le régime de la communauté, soit avec des biens de communauté, soit avec des biens propres à l'un ou à l'autre des deux époux.

Dans ce sens général, le mot dot a pour synonyme le mot apport : c'est avec cette acception que les articles 1501 et suivants, et notamment l'article 1502, parlent des apports du mari et de la femme.

On a quelquefois prétendu que l'expression établissement avait le même sens que les mots dot et apport, ainsi entendus ; mais c'est là une interprétation erronée, et nous n'en voulons d'autre preuve que l'article 204, aux termes duquel l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère, « pour un établissement par mariage ou autrement. » L'établissement est donc le genre, l'établissement par mariage ou la dot, l'espèce.

**136.** — Quel est le caractère de la constitution de dot, lorsque cette dot est fournie à la future épouse par ses parents ? Cette constitution de dot est-elle un acte à titre gratuit ou un acte à titre onéreux ?

Cette thèse importante et difficile est examinée en général

[1] COLLECT. DE DÉCIS. NOUV., V° *Dot*, n° 1.
[2] DICT. DE DROIT ET DE PRATIQUE, V° *Dot*.

Digitized by Google

avec l'action Paulienne, sous l'article 1167, et c'est bien là qu'est sa vraie place, car le principal intérêt de la question est de savoir à quelles conditions pourra être annulée une constitution de dot faite par le débiteur en fraude de ses créanciers : faudra-t-il la complicité de la fille dotée ou du gendre, comme en matière d'actes à titre onéreux, ou suffira-t-il de l'intention frauduleuse chez le constituant, comme pour les donations ?

La question est controversée, et, sans entrer dans son examen, nous nous bornons à rappeler qu'il est généralement admis que la constitution de dot est un acte à titre onéreux vis-à-vis du gendre ; et que, par suite, si les créanciers du constituant veulent le faire annuler, ils devront prouver non seulement le préjudice et l'intention frauduleuse du constituant, mais encore la complicité du gendre.[1]

Mais la question est très débattue en ce qui concerne la fille dotée ; et tandis que quelques auteurs[2] et de nombreux arrêts[3] décident que vis-à-vis d'elle, comme vis-à-vis de son mari, la constitution de dot est un acte à titre onéreux, un parti important dans la doctrine[4] soutient que, vis-à-vis d'elle, la constitution de dot est une donation.

[1] Paris, 31 janvier 1845, Sirey, 45, II, 129 ; Bourges, 9 août 1847, Sirey, 47, II, 485 ; Cassation, 24 mai 1848, Sirey, 48, I, 437, et Dalloz, 48, I, 172 ; Cassation, 18 novembre 1861, Sirey, 62, I, 737, et Dalloz, 62, I, 297. — Troplong, I, n° 131 ; Larombière, *Des obligations*, art. 1167, n° 34 ; Demolombe, XXV, n° 211 ; Aubry et Rau, IV, § 313, note 25, p. 138 ; notre *Étude sur l'action paulienne*, p. 219 et suiv. — *Contrà*, Laurent, XVI, n°s 451-455 et XXI, n° 159.

[2] Duranton, X, n° 579 ; Duvergier, sur Toullier, III, n° 354.

[3] Cassation, 23 juin 1847, Sirey, 47, I, 817, et Dalloz, 47, I, 241 ; Riom, 27 mars 1849, Sirey, 50, II, 548 ; Grenoble, 3 août 1853, Sirey, 54, II, 449, et Dalloz, 55, II, 70 ; Dijon, 11 août 1858, Sirey, 58, II, 673, et Dalloz, 58, II, 189 ; Cassation, 11 novembre 1878, Sirey, 80, I, 28, et Dalloz, 79, I, 416 ; Agen, 3 février 1885, Sirey, 86, II, 31.

[4] Troplong, I, n° 131 ; Aubry et Rau, IV, § 313, texte et note 27, p. 139 ; Demolombe, XXV, n° 212 ; Laurent, XVI, n°s 451 et suiv. ; notre *Étude sur l'action paulienne*, p. 214 et suiv.

Digitized by Google

La même discussion s'élève, à propos de la constitution de dot faite au profit du mari par le père ou la mère, et, là encore, la jurisprudence décide qu'elle a le caractère d'un acte à titre onéreux.[1]

**137.** — Nous étudierons ici les règles générales de la dot, applicables à tous les régimes, nous réservant d'étudier dans la IVe partie, *du Régime dotal*, les règles spéciales à la dot sous le régime dotal. Nous examinerons les quatre points suivants :

§ *I. — De la constitution de la dot.*
§ *II. — De la garantie de la dot.*
§ *III. — Des intérêts de la dot.*
§ *IV. — Du rapport de la dot.*

## § I

### *De la constitution de la dot.*

**138.** — La première question que fait naître la constitution de dot est celle-ci : les parents sont-ils tenus de constituer une dot à leurs enfants ? La loi romaine répondait affirmativement :

« ... *Qui dotem dare non volunt, ex constitutione Divorum Severi et Antonini per proconsules præsidesque provinciarum coguntur... dotare*[2] ... »

Cette solution était admise dans les pays de droit écrit : « En pays de droit écrit, dit Roussilhe, l'obligation du père

[1] Cassation, 14 mars 1848, Sirey, 48, I, 376, et Dalloz, 48, I 66 ; Bourges, 9 août 48, Sirey, 48, II, 597, et Dalloz, 48, II, 153 ; Bordeaux, 30 novembre 1869, Sirey, 70, II, 283, et Dalloz, 71, II, 108 ; Poitiers, 21 août 1878, Sirey, 78, II, 257 ; Dalloz, 79, II, 6 ; et *France judiciaire*, 78-79, p. 73 ; Cassation, 18 janvier 1887, Sirey, 87, I, 97, et Dalloz, 87, I, 257. — *Contrà*, Labbé, *Note*, Sirey, 87, I, 97.

[2] L. 19, ff., *de ritu nuptiarum* (XXIII, II).

Digitized by Google

« envers ses filles n'est pas tout à fait remplie, quoiqu'il les « ait nourries jusqu'à ce qu'elles soient en état et âge de « gagner leur vie ; il doit de plus leur donner un établisse- « ment, si elles veulent se marier, et leur constituer une « dot suivant ses facultés. »[1]

Divers arrêts l'avaient ainsi décidé, notamment deux arrêts du parlement de Toulouse des 13 août 1587 et 13 juin 1612, et un arrêt du parlement de Bordeaux du 6 avril 1604.

Au contraire, dans les pays coutumiers, la solution romaine ne fut jamais admise, et la maxime « ne dote qui ne « veut » forma la règle générale des pays de coutume.

Pothier nous en donne les motifs dans les termes suivants :

« L'obligation de doter les enfants communs, dit-il, est « une dette qui n'est que naturelle, pour l'acquittement de « laquelle la loi ne donne aucune action aux enfants contre « leurs pères et mères. C'est pourquoi chacun des conjoints « ne doit doter, s'il ne le veut bien ; et, par la même rai- « son, chacun d'eux ne contribue à la dot que pour la part « pour laquelle il veut bien y contribuer...

« La loi présume assez de l'affection que la nature ins- « pire aux pères et mères pour leurs enfants, pour croire « que, lorsqu'ils ne dotent pas leurs enfants, c'est qu'ils « n'ont pas le moyen de le faire d'une manière convenable : « elle juge qu'il serait contre le respect que les enfants « doivent à leurs pères et mères, qu'ils puissent les tra- « duire en justice, et les obliger à y découvrir le secret de « leurs affaires, pour connaître s'ils ont ou non le moyen de « donner une dot convenable.

« Il peut, à la vérité, se rencontrer des pères et mères « qui ne rendent pas, sur ce point, justice à leurs enfants ; « mais c'est un cas rare, et un moindre mal qu'il faut to- « lérer pour en éviter un plus grand. »[2]

[1] *Traité de la dot*, édition Sacaze, p. 8. — *Sic* Despeisses, *De la Dot*, titre V, sect. I.

[2] *Traité de la Communauté*, n° 646.

Digitized by Google

C'est la théorie coutumière que le Code a adoptée, après une assez vive discussion,[1] dans l'article 204, aux termes duquel « l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère « pour un établissement par mariage ou autrement. » Nous approuvons pleinement cette décision, qui fortifie la puissance paternelle, et dont les inconvénients sont bien atténués, comme le disait Pothier, « par l'affection que la « nature inspire aux pères et mères pour leurs enfants. »

**139.** — Il résulte de l'article 204 qu'il n'existe pas d'obligation civile pour les pères et mères de doter leurs enfants ; mais nous croyons qu'il existe contre eux une obligation naturelle. C'était, comme nous venons de le voir dans le passage précité, l'avis de Pothier : « L'obligation « de doter les enfants communs est une dette qui n'est que « naturelle. »

L'article 204 prouve que telle est encore la théorie du Code, puisque ce texte se borne à déclarer que « l'enfant n'a pas d'action » pour contraindre ses parents à lui fournir une dot : cette formule s'adapte très bien à l'idée d'une obligation naturelle, incombant au père et à la mère de l'enfant qui se marie.[2]

**140.** — La première conséquence de cette idée, que les pères et mères sont obligés naturellement de doter leurs enfants, va être relative à la forme de la constitution de dot.

On s'est demandé, en effet, si l'engagement sous signature privée pris par les parents de constituer une dot était obligatoire : nous supposons que le chiffre de la dot est déterminé dans l'engagement,[3] sans quoi il est certain qu'il ne pourrait être valable (article 1129). Mais, si le chiffre est déterminé, l'engagement est-il valable ?

[1] Fenet, IX, p. 59-66.

[2] Cassation, 14 juin 1827, Sirey, C. N., VIII, I, 618. — Rodière et Pont, I, n° 95 ; Troplong, II, n°s 1208-1210, et IV, n° 3067 ; Aubry et Rau, V, § 500, texte et note 4, p. 222 ; Laurent, XVII, n° 18, et XXI, n° 159.

[3] Aubry et Rau, V, § 500, texte et note 5, p. 223.

Digitized by Google

Non, dans une première théorie. On en donne pour motif que l'obligation naturelle ne produit qu'un effet, celui qui est écrit dans l'article 1235, d'empêcher la répétition des sommes qui ont été payées en exécution de l'obligation naturelle. Or, comme ici le paiement n'est point effectué, l'engagement pris par les constituants ne modifie pas l'obligation naturelle qui pesait sur eux : elle reste ce qu'elle était, une obligation dépourvue de sanction.[1]

Nous croyons, au contraire, que l'engagement pris obligera civilement les constituants : la question n'est point une question de contrat de mariage, c'est la question plus générale de savoir si une obligation naturelle peut servir de cause à un engagement civil ; et on doit, à notre avis, répondre affirmativement, par le motif que l'obligation civile qui a pour base une obligation naturelle a une cause, et qu'elle est dès lors valable comme obligation civile.

On objecte que l'article 1235 ne reconnaissant à l'obligation naturelle qu'un seul effet, celui de servir de cause au paiement, on ne peut étendre à la novation ce que la loi n'a dit que du paiement.

Nous répondrons qu'en présence de la solution de notre ancien droit, qui admettait que l'on pouvait transformer une dette naturelle en dette civile par la novation,[2] il n'y a pas besoin d'un texte formel pour consacrer cette solution sous l'empire du Code, et que l'analogie qui existe entre la novation et le paiement, qui supposent l'un et l'autre une dette préexistante, suffit.

Aussi concluons-nous que l'engagement de payer une dot déterminée est valable, même en la forme sous seing-privé.[3]

[1] Troplong, I, n° 187 ; Rodière et Pont, I, n° 96 ; Laurent, XXI, n° 159.

[2] Pothier, *Des obligations*, n° 589.

[3] Aubry et Rau, IV, § 297, texte et notes 18 et 21, p. 9, et V, § 500,

Digitized by Google

**141.** — Sur qui va peser l'obligation de payer la dot constituée aux futurs époux ? Pour répondre à cette question, il faut distinguer cinq hypothèses ; la dot peut en effet être constituée :

*A. — Par le père et la mère ;*
*B. — Par le père seul ;*
*C. — Par la mère seule ;*
*D. — Par le survivant des père et mère ;*
*E. — Par un étranger.*

**142.** — *A. Dot constituée par les père et mère.* — Lorsque la dot a été constituée par le père et la mère, l'article 1546 porte qu'elle devra être prise sur les biens des constituants, à moins de stipulation contraire, même si l'enfant doté a des biens personnels.

L'article 1546 est inséré dans le chapitre III, *du Régime dotal*, mais l'on s'accorde à reconnaître que la disposition qu'il contient n'est pas à sa place, et qu'elle doit être appliquée à tous les régimes : les obligations des constituants sont en effet les mêmes, quel que soit le régime sous lequel les époux donataires se marient, et il s'agit dans ce texte de l'interprétation de la constitution dotale, quel que soit le régime sous lequel les constituants sont mariés.[1]

La solution de l'article 1546 est conforme à l'intention des parties : lorsque le père et la mère constituent une dot à leur enfant, sans rien dire de plus, la présomption est qu'ils lui promettent quelque chose aux dépens de leur patrimoine, et non qu'ils se bornent à rappeler qu'il a une fortune personnelle.

Mais il peut y avoir, comme le prévoit l'article 1546, des stipulations contraires, dont les tribunaux auront à déterminer la portée. Nous en verrons bientôt des exemples

texte et note 6, p. 223 ; Demolombe, XXIV, n° 351. — *Voir* Cassation, 10 décembre 1842, Sirey, 43, I, 335.

[1] Rodière et Pont, I, n° 97 ; Aubry et Rau, V, § 500, texte et note 7, p. 223 ; Laurent, XXI, n° 160.



Digitized by Google

dans notre quatrième hypothèse, lorsque la dot est constituée par le survivant des époux, et qu'il a entendu mettre la constitution d'abord à la charge de la succession de son conjoint précédé. Il est assez fréquent, lorsque l'enfant a une fortune personnelle, de stipuler que la dot se prendra d'abord sur cette fortune, puis, subsidiairement, sur les biens des constituants.

**143.** — Si la dot constituée par le père et la mère l'a été conjointement, sans indiquer la part de chacun, les articles 1438, sous le régime de la communauté, et 1544, sous le régime dotal, donnent la même solution : les deux époux sont censés avoir doté chacun pour moitié.

Par suite, si la dot ainsi constituée est fournie aux dépens de la fortune personnelle de l'un des époux, il aura récompense contre l'autre époux pour la moitié de cette dot,[1] d'après la valeur de l'effet donné au temps de la donation (article 1438).

Si la dot est promise ou fournie avec des biens de la communauté, la femme devra récompense à la communauté, si elle y renonce, à concurrence de moitié de la valeur de la dot.

Cette solution, qui résulte du texte de l'article 1438, était celle de notre ancien droit, et voici le motif qu'en donne Pothier :

« La raison est que, quoique la dot ne fût qu'une dette « naturelle de la femme, qu'elle pouvait se dispenser de « reconnaître et d'acquitter sur ses propres, en ne parlant « pas au contrat de dotation ; néanmoins, ayant parlé au « contrat, et ayant doté conjointement avec son mari, elle « a regardé et reconnu cette dot, quant à la moitié pour « laquelle elle y contribuait, comme une dette dont elle « était tenue, et comme sa dette propre, pour laquelle, par « conséquent, elle doit récompense à la communauté, de « même que pour toutes ses autres dettes propres qui au-

[1] Bordeaux, 6 décembre 1833, Sirey, 34, II, 243.

Digitized by Google

« raient été payées durant la communauté des deniers « de la communauté. »[1]

**144.** — Il en serait différemment s'il y avait dans le contrat une clause portant que la mère n'entend doter que sur sa part dans les biens de la communauté : la clause est valable, dit Pothier,[2] car la mère ayant pu ne pas doter, elle a pu apposer à sa dotation telle condition que bon lui a semblé. En pareil cas, si la femme renonce à la communauté, elle ne contribue pas au paiement de la dot.[3]

Mais il faut une clause indiquant clairement que telle a été la volonté de la femme : sinon, la circonstance que la dot a été payée en effets de la communauté, ou même que l'objet constitué en dot par les deux époux conjointement était un effet de communauté, n'empêche pas la constitution dotale de demeurer la dette des deux époux, et non celle de la communauté.

Un arrêt a jugé le contraire, et décidé que la dot, constituée au moyen d'un bien de communauté par les deux époux, était une dette de communauté, par le motif que la donation de conquêts de communauté faite par la femme, conjointement avec le mari, n'oblige la femme personnellement que si elle accepte la communauté.[4]

Mais cette opinion est généralement repoussée,[5] et avec raison : la question n'est pas de savoir quel est l'effet du concours de la femme dans une donation de biens de communauté, en général, mais quelle est la conséquence d'une

[1] *Traité de la Communauté*, n° 649.

[2] *Traité de la Communauté*, n° 650.

[3] Agen, 23 mai 1865, Sirey, 65, II, 191.

[4] Bordeaux, 17 janvier 1854, Sirey, 54, II, 513, et Dalloz, 55, II, 213.

[5] Paris, 6 juillet 1813, Sirey, c. N., IV, II, 337 ; Bourges, 29 juillet 1851, Sirey, 53, II, 345, et Dalloz, 52, II, 11 ; Cassation, 14 janvier 1856, Sirey, 56, I, 289, et Dalloz, 61, II, 413 ; Amiens, 10 avril 1861, Sirey, 61, II, 413, et Dalloz, 61, II, 102. — Rodière et Pont, I, n° 102 ; Troplong, II, n°s 1220 et suiv.; Aubry et Rau, V, § 500, texte et note II, p. 224 ; Laurent, XXI, n° 164.

Digitized by Google

constitution de dot faite conjointement par les deux époux, fût-elle faite en biens de communauté. Or, sur ce point, les précédents historiques que nous venons de rappeler, et le texte de l'article 1438, alinéa 1er, démontrent que le concours de la femme à la constitution de dot crée contre elle une obligation personnelle.

**145.** — Nous avons supposé, jusqu'ici, que le père et la mère ont promis « conjointement » de constituer une dot ; faisons remarquer, avec M. Laurent,[1] qu'il n'est pas nécessaire, pour que l'obligation se divise dans les termes que nous venons d'indiquer entre les deux époux, qu'ils aient dit dans l'acte qu'ils dotaient conjointement leur enfant. Par cela seul qu'ils l'auront doté ensemble, sans rien dire quant à la manière dont ils sont tenus, l'obligation se divise entre eux par moitié.

**146.** — Si l'obligation de doter a été prise non plus conjointement, mais « solidairement » par les deux époux, il est évident que l'enfant doté peut demander le paiement intégral de la dot à l'un ou à l'autre des époux ; mais nous croyons que, dans leurs rapports l'un vis-à-vis de l'autre, la constitution dotale les oblige chacun pour moitié, et que celui qui aura payé aura un recours contre son conjoint.

La solidarité n'est, en effet, qu'un moyen d'assurer au créancier le paiement de ce qui lui est dû ; mais, aux termes de l'article 1213, l'obligation solidaire se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion. C'est le principe général des obligations solidaires, et il nous paraît tout à fait applicable aux rapports des époux débiteurs solidaires de la dot.[2]

**147.** — La dot peut être constituée conjointement par les père et mère avec une clause, assez fréquente dans la

[1] XXI, n° 166.

[2] *Voir* comme analogie Montpellier, 30 mai 1866, Sirey, 66, II, 16.

Digitized by Google

pratique, et qui va modifier leurs obligations réciproques : ils peuvent stipuler que la dot est constituée « en avance- « ment d'hoirie sur la succession du prémourant, » ou encore qu'elle sera « imputable pour le tout sur la succes- « sion du prémourant. » Ces clauses ont un effet important, mais qui diffère suivant que les deux époux vivent encore, ou que l'un d'eux est décédé.

Tant que les deux époux vivent, on les considère provisoirement comme tenus, chacun pour moitié, du paiement de la dot ; et l'enfant doté peut s'adresser à chacun d'eux pour obtenir sa part.[1] La formule que nous trouvons dans les arrêts est très bonne : les deux époux sont tenus « ac- « tuellement, mais sous éventualité de résolution. » En vertu de ce principe, si l'un des constituants a payé la dot de ses deniers, et qu'il intervienne une séparation de biens, il pourra provisoirement obtenir de son conjoint, dans la liquidation, le paiement de la moitié de la dot, sauf règlement ultérieur lors de l'ouverture de la succession du prémourant.[2] Par les mêmes motifs, si le mari a payé la dot en effets de communauté, et qu'il y ait séparation de biens et renonciation de la femme à la communauté, il pourra obtenir de la femme le paiement provisoire de la dot, sauf, comme dans l'hypothèse précédente, règlement définitif au décès de l'un des époux.[3]

**148.** — Au décès de celui des deux époux qui mourra le premier, la situation va changer.

Si la dot n'est pas payée, l'enfant doté n'aura d'action que contre la succession du prédécédé, à moins d'une stipulation contraire qu'il est toujours libre aux parties d'insérer dans le contrat,[4] et le survivant deviendra absolument

[1] Orléans, 21 mai 1848, Sirey, 50, II, 146. — Rodière et Pont, I, n° 107; Aubry et Rau, V, § 500, texte et note 19, p. 226.

[2] Bourges, 29 juillet 1851, Sirey, 53, II, 345, et Dalloz, 52, II, 11; Paris, 6 novembre 1854, Sirey, 55, II, 607. — Aubry et Rau, V, § 500, texte et note 20, p. 226-227 ; Laurent, XXI, n° 172.

[3] Aubry et Rau, V, § 500, p. 227.

[4] Paris, 16 mars 1850, Dalloz, 50, II, 167.

Digitized by Google

étranger aux effets de la constitution dotale. De cette manière, si la succession ne peut payer qu'une partie de la dot promise, l'enfant n'aura aucun recours pour le surplus contre le survivant.[1] Ces principes ont été très bien posés dans un arrêt doctrinal de la Cour de Cassation, dont voici les termes :

« Considérant que c'est une maxime du droit coutumier « à laquelle il n'a pas été dérogé par le Code civil, que les « père et mère ne sont pas obligés civilement à doter leurs « enfants ; que la dot par eux constituée est une libéralité « purement volontaire, une donation dont, comme tout « donateur, ils sont libres de régler les conditions ;

« Qu'ainsi ils peuvent à leur gré, ou ne pas doter, ou « doter séparément, ou doter en commun pour des sommes « égales ou inégales, ou ne doter en commun que sous la « condition que la somme donnée en dot serait reçue par « les donataires à titre d'avancement d'hoirie de la succes- « sion du prémourant des donateurs ;

« Que cette condition, dont l'effet légal, ainsi que l'en- « seignent tous les jurisconsultes, est *de faire que le sur-* « *vivant n'a rien donné*, est d'un usage presque général « dans les contrats de mariage qui se passent à Paris, et « qu'elle est très favorable aux enfants, que les pères et « mères dotent d'autant plus avantageusement que le sur- « vivant n'a pas à craindre de se voir ruiné par des cons- « titutions dotales tout à fait disproportionnées à l'état de « sa fortune personnelle ;

« Que cette condition n'a rien d'illégal, rien d'illicite, et « ne peut, sous aucun rapport, être comprise au nombre « des conditions que l'article 900 du Code civil veut que « l'on regarde comme non écrites dans les actes de dona- « tion ; qu'elle n'est pas non plus étrangère aux donataires, « puisque, étant parties dans l'acte, ils n'ont pas pu sépa-

[1] Cassation, 3 juillet 1872, Sirey, 72, I, 201, et Dalloz, 73, I, 369.

Digitized by Google

« rer la donation qu'ils ont acceptée de la condition sous « laquelle elle était faite. »[1]

Cette opinion généralement admise, d'après laquelle le survivant est étranger à la constitution dotale, a été combattue avec force par M. Labbé.[2] Il n'est pas vraisemblable, dit-il, quand une dot a été constituée et est venue former l'assise sur laquelle reposera une famille nouvelle, que la volonté commune des parties ait été de lui donner une étendue incertaine et une importance variable ; il n'est pas conforme à l'esprit de l'acte que si le premier mourant s'est ruiné dans des spéculations malheureuses, le survivant, qui a conservé une fortune propre considérable, soit dégagé de sa promesse. Il ajoute que la formule employée dans les contrats de mariage, que la dot sera imputée en totalité sur la succession du premier mourant, ne veut dire qu'une chose, que la dot sera imputée sur cette succession, dans la mesure où elle l'a fournie ; ou, si elle n'est pas payée, qu'elle sera prise d'abord et à due concurrence sur la succession du prémourant. Mais, si cette succession ne peut la fournir qu'en partie, le survivant doit payer le reste.

Nous croyons que l'on peut répondre à ces objections de la manière suivante.

En premier lieu, la question n'est pas nouvelle, et, si elle a été discutée dans notre ancien droit, l'opinion que nous défendons paraît bien avoir triomphé, car nous trouvons dans Pothier la formule même de nos arrêts : « Lorsqu'il est porté par la donation, dit-il, que la « dot s'imputera en entier sur la succession du prédécédé, « le prédécédé est *censé avoir donné seul le total*, et le rap- « port ne s'en fera qu'à sa succession. »[3]

La volonté des constituants qui adoptent cette combinaison paraît très claire : ils veulent que le survivant ne

[1] Cassation, 11 juillet 1814, Sirey, C. N., IV, I, 592.
[2] *Note* dans Sirey, 72, I, 201.
[3] *Introduction au titre XVII de la coutume d'Orléans*, n° 86.

Digitized by Google

soit pas atteint par la constitution dotale, et qu'il conserve sa fortune après le décès de son conjoint.

L'opinion que défend M. Labbé nous paraît ne se préoccuper que d'un côté de la question : sans doute les futurs époux ont désiré une dot fixe, à l'abri de toute incertitude ; mais les constituants, qui dictent la loi, ont eu une autre préoccupation, très légitime aussi, celle de conserver au survivant d'entre eux sa fortune intacte, et de ne pas le ruiner pour fournir la dot promise aux époux. Comme le dit très bien l'arrêt précité du 11 juillet 1814, ce mode de constitution est accepté avec d'autant plus de faveur que le survivant n'a rien à redouter.

Aussi croyons-nous qu'il est vrai de dire, avec Pothier, que, dans ce mode de constitution, le survivant devient étranger à toute obligation dotale.

**149.** — Si la dot a été payée par l'époux qui a survécu, il a une action en répétition contre la succession du prédécédé ; mais nous croyons, avec MM. Rodière et Pont,[1] qu'il n'aurait aucun recours, en cas d'insuffisance de cette succession, contre l'enfant qui aurait reçu la dot. Cet enfant pourrait répondre qu'il n'a reçu que ce qui lui était promis, et qu'il n'y a pas lieu à répétition.

Ce mode de constitution présente encore, en cas de paiement de la dot du vivant des époux, des effets spéciaux quant à l'obligation du rapport ; mais nous les étudierons avec le § IV, *Du rapport de la dot.*

**150.** — *B. Dot constituée par le père seul.* — L'article 1544, alinéa 2e, porte que si la dot est constituée par le père seul pour droits paternels et maternels, la mère, quoique présente au contrat, n'est point engagée, et la dot demeure en entier à la charge du père. Cette règle n'a rien de spécial au régime dotal, pas plus que celle de l'article 1544, alinéa 1er, que nous venons d'examiner ; sous tous les régimes, en effet, l'obligation de doter n'étant pour le père

[1] I, n° 107.

Digitized by Google

et la mère qu'une obligation naturelle, cette obligation ne pèse que sur celui des époux qui l'a formellement reconnue. Donc, sous tous les régimes, la déclaration du père, qu'il constitue une dot pour droits paternels et maternels, fût-elle faite en présence de la mère, n'oblige pas celle-ci.

On ne pourrait pas non plus faire résulter l'engagement de la mère de contribuer personnellement à la dot de simples présomptions, par exemple de quittances données par l'enfant doté, et portant qu'il a reçu la dot de ses père et mère : la femme ne peut être obligée que par une déclaration formelle de sa part.[1]

**151.** — Si la dot est constituée par le père seul, et que les époux soient mariés sous le régime de la communauté, la mère sera tenue de payer la moitié de la dot, si elle accepte la communauté. Le motif en est que les articles 1422 et 1439 donnent au mari, comme chef de la communauté, le droit de constituer une dot en effets de la communauté aux enfants nés du mariage ; par suite, si la femme accepte la communauté, elle l'accepte comme elle est, et avec les dettes qui la grèvent.

Mais, si le mari avait déclaré qu'il s'en chargeait pour le tout, ou pour une part plus forte que la moitié, ou bien encore s'il l'avait promise en biens à lui propres, ou en avancement d'hoirie sur sa succession, sans rien mettre à la charge de la communauté, la femme même acceptante n'en devrait supporter aucune part.[2]

Le mari peut, avons-nous dit, laisser à sa propre charge une part plus forte que la moitié dans la dot ; mais il ne pourrait mettre à la charge de sa femme une part plus

[1] Cassation, 22 décembre 1880, Sirey, 81, I, 321 ; Dalloz, 81, I, 156, et *France judiciaire*, 81-82, p. 22.

[2] Douai, 6 juillet 1853, Sirey, 55, II, 117, et Dalloz, 55, II, 350. — Rodière et Pont, I, n° 105 ; Aubry et Rau, V, § 500, texte et note 12, p. 224.

Digitized by Google

forte que la moitié, pour le cas où elle accepterait la communauté.[1]

**152.** — *C. Dot constituée par la mère seule.* — Si les déclarations du mari seul ne suffisent pas pour obliger la femme au paiement d'une partie de la dot, à plus forte raison les déclarations de la femme, fût-elle autorisée par son mari, ne suffisent pas pour constituer une obligation contre celui-ci.[2]

Mais, si les époux sont mariés sous le régime de la communauté, la constitution de dot faite par la femme avec l'autorisation du mari ne forme-t-elle pas une véritable dette de communauté, dont le mari est tenu même sur ses biens, sauf récompense?

Non, dit M. Troplong:[3] la libéralité faite par la femme à l'enfant commun n'intéresse pas la communauté, et le mari qui autorise sa femme à constituer une dot l'autorise à remplir un devoir naturel, mais il ne s'oblige pas lui-même; et la communauté n'est pas obligée non plus, car elle n'a pas d'intérêt à ce que l'enfant soit doté.

Cette opinion nous paraît inconciliable avec le texte des articles 1409, 1419, 1426 et 1479. Il résulte de ces textes: 1° que toutes les fois que la femme s'oblige avec l'autorisation de son mari, les dettes qu'elle contracte sont à la charge de la communauté (articles 1409 et 1426); 2° que les créanciers peuvent poursuivre sur les biens de la communauté, et sur ceux du mari, le paiement des dettes que la femme a contractées avec l'autorisation de son mari (article 1419); 3° et que les sommes prises par l'un ou par l'autre des époux dans la communauté, pour doter un enfant commun, ne sont pas rapportables par le constituant à la communauté (article 1469).

Il suit de là que la distinction que propose M. Troplong

[1] Rodière et Pont, I, n° 106.
[2] Aubry et Rau, V, § 500, p. 224-225.
[3] II, n°s 846 et 1231.

Digitized by Google

entre les dettes que la communauté aurait intérêt à acquitter, et les dettes pour lesquelles elle n'aurait aucun intérêt, est contraire aux textes et doit être repoussée.[1]

**153.** — *D. Dot constituée par le survivant des père et mère.* — L'article 1545, qui n'a rien de spécial au régime dotal, et qui doit, comme les articles 1544 et 1546 dont nous avons parlé, être appliqué sous tous les régimes, traite de la constitution dotale faite par le survivant des père et mère. D'après ce texte, si le survivant constitue une dot pour biens paternels et maternels, sans spécifier les portions, la dot se prendra d'abord sur les droits du futur époux dans les biens du conjoint prédécédé, et le surplus sur les biens du constituant.

Il résulte de ce texte que le survivant, qui constitue une dot, peut spécifier la portion qui devra être prise sur la succession du prédécédé, et la portion à laquelle il s'oblige lui-même, par exemple moitié pour chacun d'eux.

Dans ce cas, deux hypothèses peuvent se présenter : la succession du prédécédé peut être supérieure ou inférieure à la moitié de la dot promise.

Si elle est supérieure, il est admis sans conteste que le survivant n'en devra pas moins payer *de suo* la moitié de la dot qu'il a promise : il a limité lui-même son obligation, à forfait, et l'étendue de la fortune du prédécédé ne peut diminuer sa propre dette.[2]

Si la succession est inférieure à la moitié de la dot, la question est plus délicate, et on pourrait dire que le constituant est étranger au paiement de cette partie de la dot, de même que la succession du prédécédé est étrangère au paiement de la moitié incombant au constituant. Néanmoins on s'accorde à reconnaître que le survivant devra compléter la moitié qu'il avait mise à la charge de la suc-

[1] Rouen, 27 mai 1854, Sirey, 55, II, 17, et Dalloz, 54, II, 248. — Aubry et Rau, V, § 500, texte et note 13, p. 225 ; Laurent, XXI, n° 168.

[2] Rodière et Pont, I, n° 99.

Digitized by Google

cession du prédécédé, et cela par le motif suivant : le survivant devait mieux connaître que l'époux doté la fortune de son conjoint prédécédé, et, s'il en a exagéré la valeur, il est équitable qu'il fournisse la différence.[1]

Nous n'admettrions même pas le tempérament proposé par MM. Rodière et Pont, d'après lesquels « le survivant « devrait être affranchi de tout recours, si les biens re- « cueillis par l'enfant donataire dans la succession du con- « joint prédécédé étaient parfaitement connus. »[2] Outre qu'il sera souvent difficile d'établir que la valeur de ces biens était parfaitement connue, nous dirons que, même dans ce cas, le survivant a commis la faute de mettre à la charge de la succession une part de la dot qu'elle ne pouvait pas payer ; et, comme c'est lui qui a « constitué » cette dot, il est tenu de la fournir.

**154.** — Si le survivant n'a pas spécifié les parts, l'article 1545 résout directement la question : la dot se prendra d'abord sur la succession du prédécédé, et, subsidiairement, sur la fortune du survivant, qui ne sera tenu que dans la mesure de ce que la succession ne pourra pas fournir.

Il en serait de même si, au lieu de constituer la dot pour droits paternels et maternels, le survivant l'avait constituée tout entière sur la succession du prédécédé : comme dans l'hypothèse précédente, le fait de la constitution oblige le survivant au paiement intégral de la dot qu'il a promise.

**155.** — *E. Dot constituée par un étranger.* — Les règles de la constitution de dot sont en général les mêmes, que la dot soit constituée par les père et mère ou par un étranger : c'est ainsi, notamment, que si un mari et une femme constituent conjointement une dot à un étranger, ils en seront tenus chacun pour moitié, à moins de stipulation contraire. C'est ainsi encore que si le constituant est usu-

[1] Rodière et Pont, I, n° 100 ; Aubry et Rau, V, § 500, texte et note 14, p. 225.

[2] I, n° 100.

Digitized by Google

fruitier d'un bien, dont l'époux doté est nu-propriétaire, le constituant est présumé avoir voulu doter aux dépens du surplus de son patrimoine, et non aux dépens des biens dont il a l'usufruit : il n'en serait différemment que si une clause du contrat indiquait la pensée de constituer la dot sur les biens dont il a l'usufruit.[1]

**156.** — Une différence importante sépare toutefois l'hypothèse où la dot est constituée par un étranger et celle où elle est constituée par le père, lorsque le donateur est marié sous le régime de la communauté. En effet, l'article 1422 permet au père de disposer des biens de la communauté pour doter ses enfants, tandis qu'il n'a pas ce droit pour doter des étrangers.

Devra-t-on, à ce point de vue, assimiler l'aïeul au père, ou le traiter comme un étranger ? La question est controversée : elle doit être étudiée avec l'article 1422, qui la fait naître ; mais nous indiquons dès à présent que, selon nous, le pouvoir que l'article 1422 donne au père de doter avec les biens de communauté appartient aussi bien à l'aïeul qu'au père,[2] sans que l'on puisse distinguer, comme le fait M. Troplong,[3] entre l'hypothèse où l'enfant du premier degré n'existe plus, et celle où il serait encore vivant.

**157.** — La dot une fois constituée et le mariage célébré, les conventions qui l'organisent ne peuvent être modifiées pendant le mariage, en vertu du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, écrit dans l'article 1395.

L'application de ce principe à la constitution de dot présente de sérieuses dificultés, que nous étudierons avec le chapitre IV, *De l'époque à laquelle les conventions matrimoniales peuvent être faites ou modifiées.* Indiquons seulement, dès à présent, que ce principe ne signifie pas que les

[1] Rodière et Pont, I, n° 108.
[2] Rodière et Pont. I, n° 110.
[3] II, n° 899.

Digitized by Google

époux ne peuvent pas recevoir de libéralités pendant le mariage, de manière à augmenter le chiffre de leur dot. Ce que l'on ne peut augmenter, c'est l'étendue de la constitution dotale, stipuler, par exemple, que des meubles que l'on donne à la femme seront dotaux, alors qu'elle ne s'est constituée en dot que ses immeubles : les articles 1543 et 1395 prohibent cette stipulation. Mais on peut, s'il y a une constitution universelle de dot, augmenter la quotité des biens dotaux par une libéralité faite à la femme ;[1] nous aurons seulement à rechercher, lorsque nous traiterons de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales, quelles conditions le donateur peut imposer à ces libéralités nouvelles.

**158.** — Le principe que la dot ne peut être modifiée pendant le mariage reçoit une exception, si la situation de fortune des constituants vient à changer, et qu'ils aient besoin d'aliments : ils peuvent, comme le fait remarquer justement M. Laurent,[2] les obtenir contre l'époux doté soit à titre d'enfant, soit à titre de donataire, si l'époux leur est étranger. La pension ainsi obtenue réduira la dot indirectement, si elle est constituée en capital, et même directement, si elle consiste en une pension, car le chiffre de la rente dotale se compensera à due concurrence avec le chiffre de la pension alimentaire obtenue par le constituant.[3]

**159.** — Si la dot constituée consiste en une pension, cette pension s'éteindra-t-elle à la dissolution du mariage ? Le plus souvent le contrat de mariage prévoit cette hypothèse et indique notamment dans quelle mesure la rente subsistera, après le décès de l'époux doté, au profit du survivant.

Mais supposons, ce que nous avons vu fréquemment, un contrat de mariage muet sur l'extinction ou le maintien de

[1] Laurent, XXI, n° 177.
[2] XXI, n° 178.
[3] Bordeaux, 24 avril 1845, Dalloz, 45, IV, 20. — Voir *infrà*, Tome I, n° 248.

Digitized by Google

la rente : le père et la mère déclarent, par exemple, « constituer à leur fille, en dot, une rente de deux mille francs. » Puis le mariage se dissout par la mort de l'un ou de l'autre des époux : la rente sera-t-elle due au survivant ?

Nous considérons, avec M. Laurent,[1] qu'il y a deux hypothèses dans lesquelles la solution n'est pas difficile, la première, celle où l'époux doté survit, et la seconde, celle où l'époux doté est mort le premier, mais en laissant des enfants ; et nous croyons que dans les deux cas la rente doit être continuée après la dissolution du mariage.

Dans le premier cas, si l'époux doté survit, la rente constituée sur sa tête doit vivre autant que lui. On objecterait en vain qu'elle a été créée en vue du mariage, et qu'elle doit cesser avec lui. Il est facile de répondre, en droit, que si elle a été créée à l'occasion du mariage, elle a été constituée au profit de l'époux, purement et simplement, et qu'elle ne peut s'éteindre qu'avec lui ; et, en fait, que le mariage, en changeant la situation de l'époux, lui a créé des obligations qui ne s'éteignent pas avec le mariage, même lorsqu'il n'y a pas d'enfants.

La même solution doit être admise si l'époux doté est mort le premier, mais en laissant des enfants : la rente dotale a été créée non pas seulement pour l'époux doté, mais pour les enfants à naître du mariage, et il serait aussi peu juridique que peu équitable de laisser au survivant les charges du mariage, sans lui en laisser les ressources.

**160.** — La question est beaucoup plus délicate lorsque l'époux doté meurt le premier, sans laisser d'enfant. M. Laurent décide, d'une façon absolue, que le survivant n'a pas droit à la pension, par le motif que ce n'est pas pour lui qu'elle a été constituée, et que les charges du mariage, en vue desquelles elle était créée, ont cessé par la mort de la femme et des enfants.[2]

[1] XXI, n° 179.
[2] XXI, n° 179.

Digitized by Google

Nous serions de l'avis de M. Laurent dans l'hypothèse qu'il prévoit, c'est-à-dire celle où le contrat de mariage ne contient qu'une constitution de rente, sans qu'il y ait de donation d'usufruit au survivant des époux : dans cette hypothèse, en effet, nous ne voyons pas comment on pourrait faire subsister au profit de l'époux survivant une rente qui n'est pas constituée pour lui, et à laquelle il n'a aucun droit du chef de son conjoint prédécédé, dont il n'hérite pas.

Mais voici comment la question naîtra le plus souvent : à côté de l'article du contrat de mariage portant qu'il est constitué une rente à la future épouse, se trouve un autre article accordant au survivant un droit d'usufruit sur les biens du prédécédé. La question se pose alors ainsi : la rente constituée à la future épouse est-elle une rente perpétuelle ou une rente viagère ? Or nous croyons que, à moins de clauses ou de circonstances particulières, c'est en faveur de la perpétuité de la rente qu'il faudra se prononcer.

En effet, le mariage, même lorsqu'il n'en est pas né d'enfants, a modifié la condition des époux, leur a imposé des charges nouvelles qui ne disparaissent pas avec la mort de l'un deux : la clause qui attribue l'usufruit au survivant est faite précisément pour lui permettre de soutenir ces charges nouvelles, et de ne pas modifier les conditions de sa vie à la mort de son conjoint.

Si la dot était constituée en capital, la donation d'usufruit permettrait au survivant de profiter de cet avantage ; or nous croyons qu'en créant une rente dotale, les constituants ont bien modifié le mode de paiement de la dot, mais n'en ont pas modifié le caractère ; une rente dotale, accompagnée d'une donation d'usufruit, n'est point une rente viagère, elle est perpétuelle à moins de clause contraire, parce que les charges que le mariage a fait naître ne s'éteignent pas au décès du prémourant des époux.

Digitized by Google

## § II

### *De la garantie de la dot.*

**161.** — La constitution de dot est une véritable libéralité de la part du constituant, puisqu'il se dépouille sans recevoir aucun équivalent; on devrait donc, si on appliquait les principes généraux, dire que le constituant ne devra pas garantie à l'époux doté, en cas d'éviction de tout ou partie de la dot, le donateur n'étant censé, comme le disait Pothier, donner la chose qu'autant qu'elle est à lui.

Mais les articles 1440, sous le régime de la communauté, et 1547, sous le régime dotal, décident que ceux qui constituent une dot sont tenus à la garantie : « Si le constituant « est alors tenu de la garantie, dit M. Demolombe, c'est que « l'on présume, en raison de la nature de la libéralité et de « sa destination, que le donateur a eu la volonté d'en assu- « rer l'effet à tout événement, dans l'intérêt des donataires « qui s'engageaient dans les charges du mariage sur la foi « de cette donation. »[1]

C'est là le vrai motif pour lequel le législateur a créé la garantie en matière de dot; c'est par interprétation de la volonté des parties, du constituant et des époux.

Quelques arrêts[2] donnent un autre motif, c'est que la constitution de dot est un acte à titre onéreux; mais ce motif n'est pas exact, en ce sens que par rapport au constituant, qui se dépouille sans équivalent, l'acte est un acte à titre gratuit, et que c'est par rapport à lui que l'acte doit être apprécié, pour mesurer l'étendue de ses obligations.

[1] XX, n° 546.

[2] Cassation, 22 nivôse an X, Sirey, C. N., I, I, 577; Rouen, 3 juillet 1828, Sirey, C. N., IX, II, 110.



Digitized by Google

C'est donc dans l'interprétation présumée de la volonté des parties, et non dans le caractère de l'acte, qu'il faut chercher le véritable motif de la garantie dotale.

Ajoutons que la garantie est bien de la nature, mais qu'elle n'est point de l'essence de la constitution dotale, et que les constituants peuvent s'y soustraire par une clause formelle.

Par cette obligation, le constituant est tenu non seulement de la garantie de la propriété des objets constitués en dot, mais encore des charges réelles qui peuvent grever ces objets, par exemple des hypothèques qui grèveraient l'immeuble constitué en dot, et dont il devra rapporter main-levée. [1]

**162.** — La garantie est due par le constituant, quel qu'il soit. Elle est due par la femme elle-même au mari, si, en se mariant sous le régime dotal, elle se constitue en dot certains biens déterminés, sur la jouissance desquels le mari a été en droit de compter ; mais elle ne serait pas due si la femme avait apporté en dot l'universalité ou une quote-part de l'universalité de ses biens, car elle s'est constitué ses biens comme ils se comportent, dans leur ensemble. [2]

La question naît aussi, lorsque la femme a ameubli certains immeubles déterminés ; et nous verrons, en traitant de l'ameublissement, si elle est tenue alors à la garantie.

**163.** — La garantie est due à l'époux doté, qu'il s'agisse de la femme ou du mari : la dot présente en effet le même caractère, qu'elle soit constituée au profit de la femme ou au profit du mari, car, même faite au mari, la libéralité a été prise en considération lors du mariage, puisqu'elle permettait d'en supporter les charges. [3]

[1] Rouen, 3 juillet 1828, Sirey, C. N., IX, II, 110.

[2] Rodière et Pont, I, n° 124 ; Aubry et Rau, V, § 500, texte et note 27, p. 228 ; Laurent, XXI, n° 185.

[3] Cassation, 22 nivôse an X, Sirey, C. N., I, I, 577. — Rodière et Pont, I, n° 112 ; Aubry et Rau, V, § 500, texte et note 28, p. 228.

Digitized by Google

Si la dot est constituée à la femme, la garantie est due à la femme et au mari ; mais elle n'est due à chacun des époux que dans la mesure des droits que les conventions matrimoniales lui donnent sur la dot.

**164.** — La garantie peut être exercée, pendant le mariage, par l'époux doté, et, s'il s'agit de la femme, par la femme et par le mari ; elle peut être exercée, aussi, à la dissolution du mariage, par le survivant ou par les enfants et descendants, en faveur desquels la dot a été constituée aussi bien qu'au profit des époux eux-mêmes.

Nous croyons aussi qu'elle peut être exercée par les héritiers, même collatéraux, des époux : cette action est en effet une action pécuniaire, transmissible, comme toute action, aux héritiers de celui en faveur duquel la loi la créée.[1]

Enfin nous admettons, avec MM. Rodière et Pont,[2] que la garantie est due pour toute donation faite en faveur de mariage, même celle faite en dehors du contrat de mariage : elle est, en effet, comme la donation contractuelle proprement dite, une des considérations qui ont déterminé le mariage, et elle doit participer à la garantie qui protège ces libéralités.

**165.** — Quelle est l'étendue de la garantie due par les constituants ? Domat l'indiquait dans les termes suivants : « Ceux qui constituent une dot sont obligés à la garantie « des fonds donnés, des dettes cédées et des autres choses, selon qu'il est convenu, ou selon les règles de la garantie que doivent ceux qui vendent ou transportent. »[3]

L'idée de Domat est vraie sous le Code civil comme elle l'était dans notre ancien droit : en établissant l'obligation de garantie dans la constitution de dot, le législateur assi-

[1] Rodière et Pont, I, n° 112 ; Aubry et Rau, V, § 500, texte et note 30, p. 228 ; Laurent, XXI, n° 187.

[2] I, n° 113.

[3] *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. IX, Sect. II, n° 14.

Digitized by Google

mile le constituant à un vendeur. Cela explique pourquoi le Code, après avoir posé le principe de la garantie dans les articles 1440 et 1547, n'en a pas autrement expliqué les effets : il faut se reporter, pour les déterminer, aux articles 1625 et suivants, qui fixent les effets de la garantie dans la vente.[1]

Observons seulement que si le constituant est garant de la dot comme un vendeur, néanmoins il n'a reçu aucun prix en échange de la dot qu'il a constituée : il suit de là qu'on n'appliquera pas les règles des articles 1625 et suivants, qui sont corrélatives à la réception d'un prix par le vendeur.

Ainsi l'article 1631 porte que si l'objet a diminué de valeur, le vendeur n'en devra pas moins la restitution du prix ; et, s'il a augmenté de valeur, l'article 1633 décide que le vendeur devra payer ce que l'objet vaut au-dessus du prix de la vente. Au cas d'éviction de la dot, le constituant devra simplement à l'époux doté la valeur de l'objet au moment de l'éviction, car cette valeur représente le préjudice que souffre l'époux doté, et il n'a rien à demander au delà de la réparation de ce préjudice. De même, s'il s'agit de l'éviction d'une créance, l'indemnité devra être égale à ce que la créance eût rapporté à l'époux doté, eu égard à la fortune du débiteur.[2]

## § III

### *Des intérêts de la dot.*

**166.** — D'après l'article 1153, les intérêts des sommes d'argent ne courent contre le débiteur que du jour de la

[1] Rodière et Pont, I, nos 115-124 ; Aubry et Rau, V, § 500, texte, p. 229 ; Laurent, XXI, no 188.

[2] Rodière et Pont, I, nos 116 et 119 ; Aubry et Rau, V, § 500, texte et notes 31 et 32, p. 229 ; Laurent, XXI, no 188.

Digitized by Google

demande, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit : la constitution de dot est précisément un de ces cas d'exception, et les articles 1440 et 1548 portent que les intérêts des sommes promises en dot courent de plein droit, à moins de stipulation contraire, du jour du mariage.

Il y en a deux motifs : le premier, c'est que la loi n'a pas voulu obliger les enfants à agir contre leurs parents, pour faire courir les intérêts de la dot qui leur est promise ; le second, que ces intérêts doivent servir à faire vivre les époux à partir de la célébration du mariage, et qu'il est conforme à l'intention présumée des parties contractantes qu'ils soient dus dès ce moment, sans aucune action en justice.

**167.** — Il n'existe aucune difficulté pour l'application de cette règle si, comme nous l'avons supposé, la dot consiste en une somme d'argent : mais si elle consiste en meubles ou en immeubles, frugifères ou non frugifères, le constituant devra-t-il quelque chose à l'époux doté, et que lui devra-t-il ?

D'après M. Laurent,[1] qu'il s'agisse d'objets frugifères ou non, le constituant qui est en retard devra les intérêts à cinq pour cent de la valeur en capital de l'objet promis. En effet, dit le savant auteur, si l'on prend au pied de la lettre le texte des articles 1440 et 1548, on ne doit les appliquer qu'à la dot consistant en une somme d'argent, car elle est la seule à laquelle on puisse appliquer ces expressions, « intérêts de la dot, termes de paiement, » qui ne s'emploient ni pour les meubles corporels, ni pour les immeubles. Si au contraire, comme le font tous les auteurs, on étend ces expressions aux objets frugifères, il faut, pour être logique, arriver aux deux conséquences suivantes : en premier lieu, dire que le constituant devra non pas les fruits, mais, comme le disent les textes, les intérêts de la dot, c'est-à-dire de sa valeur en capital ; en second lieu, décider que

[1] XXI, n° 182.

Digitized by Google

les intérêts sont dus, même si l'objet de la dot n'est pas frugifère, car les textes ne distinguent pas.

Nous croyons, au contraire, avec l'opinion ordinairement reçue, que le constituant ne doit que les fruits des biens dotaux, si ces biens sont frugifères, et que, s'ils ne le sont pas, il ne doit rien, à moins que l'époux doté n'obtienne contre lui des dommages-intérêts judiciaires.

Nous reconnaissons volontiers que le texte des articles 1440 et 1548 semble ne prévoir que l'hypothèse où la dot constituée est une somme d'argent, mais, si l'on consulte les travaux préparatoires, on voit que ces textes ont une portée plus large. « La dot, sous quelque rapport qu'elle « soit constituée, disait M. Duveyrier, est inhérente au « mariage pour lequel elle est promise et payée. Il est de « la nature de cet engagement que ses droits naissent et « que ses fruits commencent avec la cause qui le pro- « duit. »[1]

Le but de ces textes est donc de faire naître du jour du mariage, au profit de l'époux doté, les avantages que la dot devait lui procurer ; or ces avantages, si les biens sont frugifères, ce sont les fruits de ces biens, et non les intérêts de leur valeur estimative ; et, s'ils ne sont pas frugifères, ces avantages ne sont pas déterminés à l'avance, et ils ne pourront être fixés que par une décision judiciaire appréciant le préjudice que le retard dans la livraison peut causer.

Nous ajoutons, comme le reconnaît d'ailleurs M. Laurent, que les intérêts de la valeur en capital de la dot seront souvent supérieurs aux fruits des biens constitués en dot, à plus forte raison aux avantages que procurent les biens dotaux non frugifères ; et il faudrait un texte formel pour imposer une telle pénalité au constituant.

Au contraire, la solution que nous proposons est très équitable : les avantages que la réception de la dot aurait

[1] *Rapport au Tribunat*, Fenet, XIII, p. 752.

Digitized by Google

procurés à l'époux doté lui sont acquis de plein droit du jour du mariage, intérêts de la dot si elle est en argent, fruits de la dot si c'est un bien frugifère ; et, si ces avantages sont indéterminés, comme l'est la possession d'un bien non frugifère, l'époux doté s'adressera à justice pour faire fixer les dommages-intérêts auxquels il a droit.[1]

**168.** — Voici quelles sont les conséquences de l'application de notre système à la constitution en dot d'une créance.

Si la dot a été fixée à un capital en argent, les intérêts courront de plein droit du jour du mariage, eût-on indiqué dans le contrat une créance improductive d'intérêts comme devant servir au paiement de la dot. Ce qui est constitué en dot dans cette hypothèse, c'est une somme d'argent, et les articles 1440 et 1548 sont applicables.[2]

Si, au contraire, l'objet même de la constitution de dot est une créance non productive d'intérêts, on appliquera la règle que nous venons de poser, lorsque la dot est constituée en biens non frugifères, et les intérêts ne courront pas de plein droit contre le constituant.[3]

**169.** — Les intérêts sont dus de plein droit, lorsque la dot est constituée en argent, même si la constitution émane de la femme : elle devra alors les intérêts de la dot qu'elle a promise sur ses biens paraphernaux. « Une « femme riche, disait Roussilhe, qui d'elle-même se cons- « titue telle somme à prendre sur ses biens, en doit les « intérêts du jour de la bénédiction nuptiale ; lesquels « intérêts se prennent sur le surplus de ses biens, qui sont

[1] Troplong, II, n° 1256 ; Rodière et Pont, I, n° 128 ; Aubry et Rau, V, § 500, texte et note 24, p. 227.

[2] Cassation, 7 juillet 1835, Sirey, 35, I, 914. — Aubry et Rau, V, § 500, texte et note 22, p. 227.

[3] Rodière et Pont, I, n° 128 ; Troplong, II, n° 1255 ; Aubry et Rau, V, § 500, texte et note 23, p. 227. — *Contrà*, Toullier, XIV, n° 97.

Digitized by Google

« censés réservés comme paraphernaux ».[1] Le texte des articles 1440 et 1548, qui ne fait pas de distinction suivant la personne par laquelle la dot est constituée, conduit aujourd'hui à la même solution.[2]

Mais nous admettons, avec M. Duranton,[3] que si le mari n'avait fait aucune réclamation pendant le mariage contre la femme, ses héritiers n'en pourraient faire contre elle après la dissolution du mariage. C'était la solution de notre ancien droit,[4] et on peut invoquer, pour la défendre aujourd'hui, l'analogie de l'article 1578, lorsqu'il s'agit de la jouissance des paraphernaux par le mari.

**170.** — On admettait dans les pays de droit écrit, que les intérêts de la dot se compensaient, à due concurrence, avec les dépenses que le constituant avait faites pour les époux, s'il les avait gardés chez lui pendant un certain temps après le mariage.[5] Nous croyons que cette solution doit encore être admise aujourd'hui, d'abord parce qu'elle est très équitable, puis parce que le motif des articles 1440 et 1548 fait défaut, dans la mesure où le père de famille a nourri et entretenu les époux : les charges du mariage ont été supportées par lui et non par le mari.[6]

**171.** — Les articles 1440 et 1548 déclarent qu'il est loisible aux constituants d'insérer dans l'acte une stipulation contraire, qui les dispense de payer les intérêts du jour du mariage.

Mais, si un délai a été stipulé pour le paiement de la dot sans intérêts, que l'on soit convenu, par exemple, que la dot serait payable sans intérêts dans le délai de cinq ans, ou à la mort du constituant, les intérêts courront-ils

[1] *Traité de la dot*, édition Sacaze, n° 319, p. 241.
[2] Rodière et Pont, I, n° 127.
[3] XV, n° 383. — *Contrà*, Rodière et Pont, I, n° 127.
[4] Roussilhe, *Traité de la dot*, édition Sacaze, n° 319, p. 242.
[5] Despeisses, *De la dot*, II, n° 20 ; Denisart, Décis. Nouv., V° *Dot*, § XVIII, n° 6.
[6] Rodière et Pont, I, 129.

Digitized by Google

de plein droit à l'arrivée du terme ? L'affirmative est admise avec raison :[1] une fois le terme arrivé, l'exception conventionnelle que les parties avaient apportée à la règle des articles 1440 et 1548 cesse, et cette règle reprend son empire.

**172.** — Observons que si les intérêts de la dot n'ont pas été payés, ils seront atteints par la prescription de cinq ans de l'article 2277 : la faveur de la dot doit céder aux motifs d'intérêt général sur lesquels repose la disposition protectrice de l'article 2277.[2]

## § IV

### *Du rapport de la dot.*

**173.** — La dot, envisagée par rapport au constituant, est, comme nous l'avons déjà dit, un acte à titre gratuit, puisque le constituant se dépouille sans aucun équivalent : la dot doit donc être rapportée à la succession du donateur, et elle est réductible si elle dépasse la quotité disponible.

Pour savoir à quelle succession le rapport doit se faire, il faut reprendre les quatre premières hypothèses que nous avons indiquées,[3] et examiner comment le rapport va se faire, suivant que la dot est constituée par les père et

[1] Agen, 18 novembre 1830, Sirey, C. N., IX, II, 487, et 32, II, 57 ; Poitiers, 28 mars 1860, Dalloz, 60, II, 168. — Laurent, XXI, n° 182.

[2] Limoges, 26 janvier 1828, Sirey, C. N., IX, II, 23 ; Bordeaux, 8 février 1828, Sirey, C. N., IX, II, 29 ; Agen, 18 novembre 1830, Sirey, C. N., IX, II, 487, et 32, II, 57 ; Toulouse, 12 août 1834, Sirey, 35, II, 207 ; Toulouse, 14 décembre 1850, Sirey, 51, II, 102. — Rodière et Pont, I, n° 131 ; Aubry et Rau, V, § 500, texte et note 24, p. 228.

[3] *Suprà*, Tome I, n° 134.

Digitized by Google

mère conjointement, par le père seul, par la mère seule, ou par l'époux survivant.

**174.** — Lorsque la dot est constituée par les père et mère conjointement, si chacun d'eux a acquitté sa part de la dot, il n'y a pas de difficulté, et le rapport se fait par moitié à la succession du père, et par moitié à la succession de la mère.

Mais que décider si la dot a été fournie par un seul des époux ? D'après M. Laurent, le rapport doit se faire pour la totalité à la succession de l'époux qui a fourni la dot : la question, dit-il, n'est pas de savoir sur qui pèse l'obligation de contribuer au paiement de la dot, mais qui a réellement donné les biens qu'il s'agit de rapporter ; ils ont été donnés par un seul des conjoints, il est donc seul donateur, et c'est à sa succession que le rapport intégral est dû. Il naîtra ensuite une autre question, la question du recours de l'époux qui a payé la dot contre son conjoint ; mais cette question est étrangère à la théorie du rapport, où tout se passe entre le donateur et le donataire.[1]

Nous croyons que le rapport doit avoir lieu pour moitié à la succession de chacun des époux, par application de l'article 1438, dont nous rappelons les termes : « Si le père « et la mère ont doté conjointement l'enfant commun..., « ils *sont censés* avoir doté chacun pour moitié, soit que la « dot ait été fournie.... en biens personnels à l'un des « époux ». Il y a là, comme le dit avec raison la Cour de Cassation, une fiction légale, en vertu de laquelle chacun des époux est réputé donateur, bien qu'un seul ait fourni la dot : l'époux doté tient les biens moitié du père, moitié de la mère, car la loi suppose une transmission fictive de l'un des donateurs à l'autre, au moment du paiement de la dot, de telle manière que celui qui paie est censé payer au nom des deux.[2]

[1] XXI, n° 175.

[2] Cassation, 16 novembre 1824, Sirey, C. N., VII, I, 562 ; Bordeaux, 6 décembre 1833, Sirey, 34, II, 243.

Digitized by Google

Nous admettons la même solution dans l'hypothèse où les époux se sont engagés solidairement au paiement de la dot, et où, par l'effet de la solidarité, l'un d'eux a payé l'intégralité de la dot. Là encore, l'article 1438 doit recevoir son application, et la dot, payée par l'un des époux, est censée payée par les deux : elle est donc rapportable aux deux successions, car, ainsi que nous l'avons dit,[1] la solidarité augmente les garanties de l'époux doté, mais elle ne change pas la nature des obligations réciproques des constituants.[2]

**175.** — Si la dot, constituée conjointement par le père et la mère, a été payée en effets de communauté, la dot est rapportable pour moitié à la succession de chacun des époux, et non à la communauté : la communauté a payé une dette des deux époux, et non sa dette propre.[3]

**176.** — Nous avons vu qu'il était assez fréquent d'insérer dans les contrats de mariage une clause par laquelle les père et mère, en dotant conjointement leur enfant, stipulent que la dot sera rapportable à la succession du prémourant, ou bien encore qu'elle est constituée en avancement d'hoirie du prémourant : nous avons ajouté que cette clause, dont la validité est reconnue, avait pour effet, suivant l'opinion généralement admise, de rendre le survivant complètement étranger à la constitution dotale.[4]

La dot constituée dans ces termes sera rapportable pour la totalité à la succession du prémourant. Peu importe la formule que l'on a employée : que la dot soit déclarée imputable en totalité sur la succession du prémourant, ou constituée en avancement sur l'hoirie du prémourant, dans

[1] *Suprà*, Tome I, n° 146.

[2] *Contrà*, Amiens, 10 novembre 1853, Dalloz, 55, II, 108. — Laurent, XXI, n° 174.

[3] Cassation, 31 mars 1846, Sirey, 46, I, 337, et Dalloz, 46, I, 135. — Aubry et Rau, V, § 500, texte et note 9, p. 224 ; Laurent, XXI, n° 176.

[4] *Suprà*, Tome I, n°s 147 et 148.

Digitized by Google

les deux cas la dot est rapportable en entier à cette succession.

La Cour de Paris[1] avait jugé que la clause, portant que la dot serait imputée en totalité sur la succession du prémourant, était uniquement dans l'intérêt du conjoint survivant, et ne pouvait obliger l'enfant doté à rapporter la totalité de la dot à la succession du prémourant. Mais la Cour de Paris a abandonné cette jurisprudence, et avec raison : ainsi que le font remarquer MM. Aubry et Rau, il est impossible d'admettre que la succession du prémourant soit obligée de supporter la dot en totalité, vis-à-vis du survivant, sans que cette dot soit en même temps rapportable pour la totalité à cette succession, et imputable sur la quotité de biens dont l'époux prédécédé a pu disposer.[2]

**177.** — Si l'enfant doté renonce à la succession du prémourant des époux, il ne pourra garder la dot qu'il a reçue que jusqu'à concurrence de la quotité disponible.[3]

Si la dot est constituée par le père seul, il faut distinguer, suivant le régime sous lequel le père et la mère sont mariés, et suivant les termes dans lesquels la constitution est faite.

Si le père et la mère sont mariés sous un régime autre que celui de la communauté, la constitution de dot faite par le père seul n'oblige que lui, et la dot est rapportable en entier à sa succession.

S'ils sont mariés sous le régime de la communauté, et que le père constitue la dot en biens de communauté, comme l'article 1422 lui en donne le droit, le rapport sera effectué pour moitié à la succession de chaque époux, si la femme accepte la communauté, et, si elle y renonce,

[1] 10 août 1843, Sirey, 43, II, 544, et Dalloz, 50, II, 167.

[2] Paris, 16 mars 1850, Sirey, 50, II, 321, et Dalloz, 50, II, 167; Cassation, 3 juillet 1872, Sirey, 72, II, 201, et Dalloz, 73, I, 369. — Aubry et Rau, V, § 500, texte et note 17, p. 226 ; Laurent, XXI, n° 173.

[3] Cassation, 11 juillet 1814, Sirey, C. N., IV, I, 592.

Digitized by Google

pour la totalité à la succession du mari. Mais si le père avait constitué la dot en avancement d'hoirie sur sa succession, et à charge de rapport, c'est à sa succession que la dot devrait être rapportée en entier.[1] Nous croyons qu'il en doit être de même si le mari s'est borné à constituer la dot en biens à lui personnels : dans une constitution de cette nature, il n'agit pas comme chef de la communauté, mais il acquitte l'obligation naturelle qui pèse sur lui de doter ses enfants.

**178.** — Si la dot est constituée par la femme seule, elle est en général rapportable en entier à la succession de celle-ci ; mais, lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté, et que la dot est constituée par la femme avec l'autorisation de son mari, nous avons admis que cette dot était une dette de communauté.[2] Elle sera donc traitée comme si la constitution émanait du mari, et sera rapportable pour moitié à la succession de chacun des deux époux.

**179.** — Enfin, dans la dernière hypothèse, celle où la dot a été constituée par le survivant des père et mère, soit pour droits paternels et maternels, sans indication de la part contributive de chaque patrimoine, soit avec fixation de la portion à payer par la succession du prédécédé, la question de rapport est facile à résoudre : nous avons vu en effet[3] que la dot devait être payée, d'abord et principalement, par la succession de l'époux prédécédé, soit pour la totalité, soit pour la part mise à sa charge par le contrat de mariage ; et, subsidiairement, par l'époux survivant. Par suite, c'est seulement dans la limite où la dot aura été réellement fournie par l'époux survivant qu'elle sera rapportable à sa succession.

[1] Douai, 6 juin 1853, Sirey, 55, II, 117, et Dalloz, 55, II, 350. — Aubry et Rau, V, § 500, texte et note 12, p. 224 ; Rodière et Pont, I, n° 105 ; Laurent, XXI, n° 167.

[2] *Suprà*, Tome I, n° 142.

[3] *Suprà*, Tome I, n° 143.

Digitized by Google

**180.** — Nous venons d'indiquer à quelles successions le rapport de la dot doit être fait : mais en quels biens doit-il être effectué ? Nous croyons, avec M. Laurent,[1] que pour résoudre cette question, il ne faut tenir compte que de la manière dont la dot a été constituée, et non de la manière dont elle a été payée ; et si, par exemple, la dot a été constituée en une somme d'argent, et payée en un immeuble, le rapport sera dû de la somme d'argent constituée en dot, et non de l'immeuble payé. Le motif en est que la dation en paiement n'opère point novation de la dette : elle l'éteint, comme tout paiement, mais sans en changer le caractère, et la constitution de dot reste ce qu'elle était, la constitution d'une dot en argent, rapportable comme telle en argent.

**181.** — Le principe que la dot doit être rapportée à la succession du donateur reçoit une première exception, lorsque cette dot a été remise à un incapable : elle a été remise, par exemple, à un mineur qui n'aurait pas été assisté, conformément à l'article 1398, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage, et qui aurait dissipé la dot à lui donnée. Le mineur, et plus généralement l'incapable, ne peut être obligé au rapport que dans la mesure du profit qu'il a retiré de la dot par lui reçue, conformément aux principes généraux sur les obligations des incapables.[2]

**182.** — Une seconde exception au principe du rapport de la dot est écrite dans l'article 1573, lequel est ainsi conçu : « Si le mari était déjà insolvable, et n'avait ni art « ni profession lorsque le père a constitué une dot à sa « fille, celle-ci ne sera tenue de rapporter à la succession « du père que l'action qu'elle a contre celle de son mari « pour s'en faire rembourser. Mais si le mari n'est devenu « insolvable que depuis le mariage, ou s'il avait un métier

[1] XXI, n° 176.
[2] Cassation, 4 août 1852, Dalloz, 52, I, 193.
Rodière et Pont, I, n° 133.

Digitized by Google

« ou une profession qui lui tenait lieu de bien, la perte de « la dot tombe uniquement sur la femme. »

Cette disposition, empruntée aux principes posés dans la Novelle 97, chapitre VI, de Justinien, est motivée par une évidente équité : lorsque le père de famille remet une dot à un gendre qui n'a ni art ni profession déterminée, et qui est déjà insolvable, il commet une faute lourde ; et il serait injuste de contraindre sa fille à rapporter une dot, compromise dès le début par l'imprudence du constituant, et pour la conservation de laquelle la fille dotée ne pouvait rien faire.

**183.** — La première question que fait naître notre texte est celle-ci : l'article 1573 est placé dans le chapitre III, *du Régime dotal ;* devra-t-on l'appliquer à la dot remise, sous les autres régimes, à un mari insolvable ? Devra-t-on l'appliquer, par exemple, à la fille mariée sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle, ou sous le régime exclusif de communauté ?

Trois systèmes sont en présence.

Le premier enseigne que l'article 1573 est applicable, sous quelque régime que la fille dotée soit mariée. Il invoque le motif d'équité sur lequel repose ce texte, et fait remarquer, non sans raison, que s'il a paru injuste de faire supporter à la femme dotale les résultats d'une imprudence qui n'est pas la sienne, mais celle de son père, l'injustice serait la même lorsqu'il s'agirait de la femme mariée sous tout autre régime, par exemple sous le régime de communauté ou le régime exclusif de communauté.[1]

Le second système, présenté par MM. Rodière et Pont,[2] distingue suivant les régimes. Sous le régime exclusif de communauté et sous le régime de la communauté d'acquêts, on devra appliquer l'article 1573, car la femme n'a, sous ces deux régimes pas plus que sous le régime dotal,

[1] Delvincourt, II, p. 41 : Vazeille, Article 850, n° 8.
[2] I, n° 137.

Digitized by Google

aucune chance de profiter de l'accroissement de fortune de son mari.

Au contraire, sous le régime de la communauté légale ou d'une communauté conventionnelle plus étendue que la communauté légale, la femme peut profiter de l'accroissement de fortune mobilière qui surviendrait au mari depuis le mariage. On doit donc la traiter comme si elle avait reçu la dot elle-même, si elle l'avait versée dans une société qui n'eût pas prospéré, c'est-à-dire en exiger le rapport intégral.

Nous croyons, avec le troisième système qui est d'ailleurs le plus accrédité,[1] que l'article 1573 doit être restreint au régime dotal, et que, sous tous les autres régimes, la femme doit rapporter la dot, malgré l'insolvabilité et l'absence de profession du mari lors du mariage.

Nous écartons d'abord le système éclectique de MM. Rodière et Pont. De deux choses l'une en effet : ou l'article 1573 est une règle spéciale au régime dotal, et alors on ne peut l'étendre même au régime exclusif de communauté ; ou ce texte peut être appliqué par analogie, et alors nous croyons, avec le premier système, que, sous tous les régimes, il est équitable de ne pas faire supporter par la fille dotée les conséquences de l'imprudence du père de famille.

Voici maintenant les motifs qui nous déterminent à rejeter le premier système, malgré l'équité de sa solution. L'article 1573 découle, comme nous l'avons dit, du principe posé dans la Novelle 97, chapitre VI, et l'exception que ce texte apporte aux principes généraux du rapport, admise dans la plupart des pays de droit écrit, n'avait pas réussi à s'introduire dans les provinces de droit coutumier.[2]

Dans le projet de Code civil, nous avons dit qu'aucune

[1] Duranton, VII, nos 416-420 ; Demolombe, XVI, n° 210 ; Aubry et Rau, V, § 540, texte et note 56, p. 637 ; Laurent, XXIII, n° 578.
[2] Denisart, V° *Rapport*, n° 27.

Digitized by Google

place n'avait été faite au régime dotal ; et, dans ce projet, l'exception qui est devenue l'article 1573 n'était point admise, pas plus qu'elle ne l'était dans les pays coutumiers. Puis, après les luttes que nous avons retracées, le régime dotal entra dans le Code avec ses règles spéciales, notamment celle dont nous nous occupons : mais ces règles spéciales, faites pour le régime dotal et introduites avec lui dans le Code, ne peuvent être étendues à d'autres régimes, de même qu'on n'aurait pu les leur appliquer, si le régime dotal n'avait pas été adopté.

**184.** — L'article 1573 ne s'applique-t-il qu'à la dot constituée en argent, ou tout au moins en meubles? Ou faut-il l'étendre à la dot constituée en immeubles?

D'après une première théorie, l'article 1573 ne serait applicable qu'à la dot constituée en argent, et cela pour deux motifs. En premier lieu, les expressions mêmes que l'article emploie, « insolvable, perte de la dot, pour s'en « faire rembourser », éveillent, dit-on, l'idée d'une dot fixée en argent, et non d'une dot en immeubles. On ajoute que le but de l'article 1573 est de laisser à la charge du constituant les conséquences de l'imprudence qu'il a commise, en remettant au mari insolvable une somme d'argent ou des effets mobiliers, qui seront perdus aussitôt que constitués en dot. Au contraire, sous le régime dotal, les immeubles sont protégés de manière à n'avoir rien à craindre des dilapidations du mari, et s'ils sont perdus ou dépréciés, ce ne sera point par le seul fait de la remise de la dot et de l'insolvabilité du mari.[1]

Dans une seconde opinion, que nous adoptons, l'article 1573 est applicable, que la dot soit constituée en immeubles ou en meubles. Nous ferons remarquer, d'abord, que l'article 1573 ne distingue pas, car les expressions perte et remboursement de la dot peuvent aussi bien s'entendre

[1] Grenier, *Donations et Testaments*, n° 531 ; Demante, III, n° 202 ; Demolombe, *Cours de code civil*, XVI, n° 214.



Digitized by Google

d'une dot constituée en immeubles que d'une dot constituée en meubles. Puis, si le mari insolvable dégrade ou démolit les bâtiments construits sur l'immeuble dotal, ou bien s'il abat les bois de haute futaie qui y sont excrus, il cause à la femme une perte aussi irréparable que s'il dilapidait le capital d'une dot en argent ; et, dans les deux cas, la cause de cette perte est l'imprudence du constituant, qui seul doit en être responsable.[1]

Mais nous admettons, avec MM. Rodière et Pont,[2] que si la dot avait été déclarée aliénable avec le concours de la femme, et que celle-ci eût consenti à son aliénation, elle ne pourrait plus invoquer l'article 1573 : la perte de la dot a alors pour cause, non pas l'insolvabilité du mari, mais la faiblesse de la femme qui a consenti à l'aliénation.

**185.** — L'article 1573 ne parle que de la dot constituée par « le père » : mais il faut placer sur la même ligne la dot constituée par la mère, ou même par un aïeul ou par une aïeule. Il n'y a, en effet, aucune raison de distinguer entre ces diverses situations, et, d'un autre côté, le mot « père » peut, dans un sens large, s'entendre de tout ascendant.[3]

Mais nous croyons, avec M. Demolombe,[4] qu'il est impossible d'étendre cette solution au cas où la dot est constituée par un oncle ou par une tante. Le texte ne le permet pas, et, de plus, on conçoit que le législateur n'ait pas attaché la même importance à maintenir l'égalité entre collatéraux qu'entre descendants.

**186.** — L'article 1573 subordonne l'exception qu'il crée à une double condition : que le mari fût insolvable au moment du mariage, et qu'il n'eût à ce moment ni art ni pro-

[1] Marcadé, VI, article 1573, I ; Aubry et Rau, V, § 540, texte et note 55, p. 537.

[2] I, n° 135.

[3] Rodière et Pont, I, n° 136 ; Demolombe, *Cours de code civil*, XVI, n° 211.

[4] XVI, n° 211.

Digitized by Google

fession. La question de savoir si le mari avait un art ou une profession est évidemment une question de fait : mais nous croyons qu'il faut poser, en droit, le principe que la profession ne doit pas être purement nominale, mais bien une profession utilement exercée, « tenant lieu de bien » au mari, comme le dit l'article 1573. D'où nous concluons, contrairement à l'avis de M. Bellot des Minières,[1] que l'article 1573 devra être appliqué si le mari, insolvable au moment du mariage, était à ce moment avocat sans causes ou médecin sans clients.[2]

[1] *Régime dotal*, n° 2574.
[2] Rodière et Pont, I, n° 138.

Digitized by Google

## CHAPITRE III

### DE LA FORME, DE LA PUBLICITÉ, ET DU PAIEMENT DES FRAIS DU CONTRAT DE MARIAGE.

**187.** — L'étude de ce chapitre se réfère à trois ordres d'idées, qui vont former l'objet de trois paragraphes distincts :

§ I. — *De la forme du contrat de mariage* ;
§ II. — *De la publicité du contrat de mariage ;*
§ III. — *Du paiement des frais.*

### § I

### *De la forme du contrat de mariage.*

**188.** — L'article 1394 porte que toutes conventions matrimoniales seront rédigées avant le mariage « *par acte* « *devant notaire* ». Cette disposition du Code constituait une innovation pour certaines provinces de l'ancienne France, notamment la Normandie, le Béarn, la Navarre, le Poitou et l'Alsace, où l'on admettait la validité des contrats de mariage rédigés par actes sous signature privée,

Digitized by Google

et le tribun Siméon, dans son discours au Corps législatif, justifiait ainsi la règle de notre texte :

« Les conventions matrimoniales devront être reçues par « des notaires antérieurement au mariage : l'usage con- « servé dans quelques contrées de les rédiger sous seing « privé est abrogé. Si l'on prive les familles de l'avantage « d'épargner des frais d'enregistrement, auxquels le fisc « avait pourtant autant de droits que sur les autres actes « dont la foi publique a la sauvegarde, elles en sont bien « dédommagées par le nombre des fraudes que l'on pré- « vient, par la meilleure garantie que l'on donne aux droits « et à la fortune des époux et de leurs enfants. »[1]

Les motifs donnés par le tribun Siméon manquent de précision : en réalité, l'article 1394 se justifie à un triple point de vue.

En premier lieu, le législateur a voulu assurer l'immutabilité des conventions matrimoniales, et avoir la preuve qu'elles étaient rédigées avant le mariage ; mais ce motif serait insuffisant, car, en exigeant que les conventions matrimoniales fussent enregistrées avant le mariage, on obtenait le même résultat.

Le second motif que l'on peut donner à l'appui de la solution de l'article 1394, c'est qu'il était utile, à raison de l'importance exceptionnelle que le contrat de mariage présente, pour la famille et pour les tiers, d'en assurer la conservation, et de le préserver soit des cas fortuits, soit des moyens frauduleux qui auraient pu en amener la destruction.

En troisième lieu, le choix d'un régime matrimonial n'est pas chose facile, et, si l'on abandonnait les parties à elles-mêmes, il serait à craindre qu'elles n'adoptassent un régime, ou tout au moins des clauses dont elles n'auraient pas bien vu la portée. Le notaire sera donc pour elles un conseiller fort utile, qui les éclairera sur leurs véritables intérêts dans la rédaction de leur contrat.

[1] Fenet, XIII, p. 810.

Digitized by Google

Ajoutons, avec M. Colmet de Santerre,[1] que les donations sont très fréquentes dans les contrats de mariage, en particulier les gains de survie, les donations soit de pleine propriété, soit surtout d'usufruit au profit du survivant, et que la forme authentique eût été dans tous les cas nécessaire pour ces libéralités.

C'est ainsi que dans notre ancien droit, sous l'empire des coutumes qui reconnaissaient la validité des contrats de mariage sous seing privé, on décidait en même temps que les donations entre vifs qu'ils renfermaient étaient nulles pour inobservation de l'ordonnance de 1731, qui exigeait pour les donations la forme notariée.[2]

**189.** — La nécessité de la forme authentique s'applique à tout ce qui a le caractère de conventions relatives aux intérêts pécuniaires des époux, que ces conventions soient principales ou qu'elles portent sur des points accessoires. C'est ainsi qu'il faudrait considérer comme convention de mariage, nulle si elle n'est pas rédigée par devant notaires, la convention par laquelle l'un des futurs époux ou un tiers s'obligerait à payer les frais du contrat de mariage; par suite, on ne pourrait pas déférer le serment litisdécisoire sur l'existence d'une pareille obligation, car l'engagement eût-il été pris, la convention est légalement non existante.[3]

Si, au contraire, il a été fait, au moment du contrat de mariage, des conventions étrangères aux droits des époux sur leurs biens, comme un bail, un partage, etc., ces conventions conservent leur nature propre, et elles peuvent être prouvées suivant les règles qui régissent l'espèce de contrats à laquelle elles appartiennent.[4]

[1] VI, n° 11 *bis* III, p. 12.

[2] Merlin, Répert., V° *Conventions matrimoniales*, § 1.

[3] Cassation, 21 juillet 1852, Sirey, 52, I, 696, et Dalloz, 52, I, 194. — Aubry et Rau, V, § 503, texte et note, 1, p. 247; Laurent, XXI, n° 48.

[4] Cassation, 11 novembre 1828, Sirey, c. n., IX, I, 179.

Digitized by Google

**190.** — Le contrat de mariage rédigé par acte sous seing privé serait-il valable, s'il avait été déposé en l'étude d'un notaire avant le mariage par toutes les parties, et que l'acte de dépôt constatât que les parties ont à ce moment entendu la lecture des conventions qu'elles avaient arrêtées, et déclarer y persister ?

Il faut, pour discuter cette question controversée, faire disparaître une équivoque que critique avec raison M. Laurent : [1] si l'acte de dépôt relate les clauses de la convention sous seing privé, et la déclaration des parties qu'elles entendent y persister, la convention sera valable, car on peut vraiment dire qu'elle a été rédigée devant notaire. Il importe peu, en effet, que le notaire ait rédigé le premier le contrat de mariage, ou que, l'acte étant rédigé par d'autres, il ait été appelé à en donner lecture aux parties et à constater qu'elles y persistaient. Dans les deux cas, le notaire leur a donné son concours, les a éclairées sur la portée des conventions par elles arrêtées, et le contrat ainsi fait présente toutes les garanties qu'a voulues le législateur, au triple point de vue de l'immutabilité, de la conservation de l'acte et du concours du notaire. [2]

Mais le contrat sera-t-il valable, si les parties se bornent à en effectuer le dépôt avant le mariage chez un notaire, sans que l'acte de dépôt constate en aucune façon que les dispositions par elles arrêtées leur ont été relues, et qu'elles ont déclaré y persister ? Dans cette hypothèse nous croyons, avec M. Laurent, que ce contrat de mariage sera nul : ce que l'article 1394 exige, c'est que les conventions matrimoniales soient « *rédigées* par devant notaire ». Or, au point de vue du texte, un acte déposé devant un notaire n'est point un acte rédigé par lui : l'un est authentique, l'autre ne l'est pas.

[1] XXI, n° 45.

[2] Rouen, 11 janvier 1826, Sirey, C. N., VIII, II, 176. — Rodière et Pont, I, n° 140; Aubry et Rau, V, § 503, texte et note 3, p. 247-248.

Digitized by Google

De plus, les conventions matrimoniales ainsi faites n'atteignent pas le but que se propose l'article 1394, car les parties n'ont pas eu le concours du notaire pour la rédaction de cet acte compliqué et difficile : le notaire n'est plus, dans ce système, qu'un « garde-notes », alors que le législateur a voulu qu'il fût le conseil des parties, et qu'il les éclairât sur la portée de leurs engagements.

**191.** — Le contrat de mariage doit non seulement être rédigé par devant notaire, mais il doit l'être en minute, et non en brevet. Les articles 20 et 68 de la loi du 25 ventôse de l'an XI énumèrent les actes qui peuvent être reçus en brevet, et parmi ces actes, qui sont peu importants, ne figurent pas les contrats de mariage. On comprend d'ailleurs facilement que les dangers et les fraudes, que l'article 1394 a voulu éviter, seraient aussi bien à craindre avec un acte notarié en brevet qu'avec un acte sous seing privé.[1]

Mais, du moment où l'acte a été rédigé en minute, il ne cessera pas d'être valable parce que le notaire aura eu le tort de se dessaisir de la minute : le notaire, en agissant ainsi, a commis une faute qui a engagé sa responsabilité personnelle, mais qui ne peut influer sur la validité de l'acte qui a été régulièrement dressé.[2]

**192.** — Le contrat de mariage doit être rédigé en la forme ordinaire des actes notariés : il doit notamment, comme tout autre acte notarié, être reçu par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins. On en avait douté,[3] par le motif que l'article 1394 emploie le singulier : « Toutes conventions matrimoniales seront rédi-« gées..... par acte devant *notaire* ». Mais il était évident, et il est maintenant généralement reconnu que par cette expression l'article 1394 ne déroge point aux règles ordi-

[1] Bastia, 26 décembre 1849, Sirey, 52, II, 165, et Dalloz, 50, II, 71. — Rodière et Pont, 1, n° 141 ; Laurent, XXI, n° 44.

[2] Cassation, 6 décembre 1852, Sirey, 53, I, 29, et Dalloz, 53, I, 48.

[3] Riom, 12 février 1818, Sirey, C. N., V, II, 352.

Digitized by Google

naires des actes notariés, et que si le texte ne rappelle pas la présence du notaire en second ou des témoins, il n'en a pas moins entendu s'en référer au droit commun.[1]

**193**. — Le contrat de mariage n'est point un des actes pour lesquels la loi du 21 juin 1843 exige la présence réelle du notaire en second ou des témoins, même s'il renferme des donations : les travaux préparatoires de cette loi, contre laquelle Marcadé a exercé toute sa verve,[2] le démontrent d'une manière péremptoire.

Le projet contenait une disposition rangeant les contrats de mariage parmi les actes pour lesquels la présence réelle du notaire en second ou des témoins était nécessaire : « A « l'avenir, disait l'article 2 du projet, les actes notariés « contenant donations entre vifs... *ainsi que les contrats « de mariage*, seront à peine de nullité, reçus par deux « notaires conjointement, ou par un notaire en présence « de deux témoins ».

On en avait donné comme motif que les contrats de mariage, contenant le plus souvent des donations, devaient être régis par les mêmes règles. Mais M. Hébert présenta un amendement pour supprimer cette partie du projet, et les raisons qu'il fit valoir étaient vraiment décisives :

« Que les contrats de mariage, disait-il, comprennent « ou non des donations, leur nature, leurs conséquences, « leur solennité nécessaire et virtuelle subissent-elles quel- « ques changements ? La donation contenue dans le con- « trat de mariage sera-t-elle clandestine, quand le contrat « de mariage aura été fait à la face des deux familles, et « lorsque, huit jours après, il aura été suivi de la célébra- « tion du mariage ? Cette donation peut-elle être le fruit de

[1] Riom, 20 novembre 1818, Sirey, C. N., V, II, 425 ; Riom, 28 mai 1824, Sirey, C. N., VII, II, 372 ; Riom, 22 juin 1844, Sirey, 44, II, 397. — Duranton, XIII, n° 47 ; Aubry et Rau, V, § 503, texte et note 6, p. 248.

[2] V, Article 1317, III, et article 1394, I.

Digitized by Google

« la suggestion, de la captation? Alors la suggestion et la « captation ne se seraient pas seulement exercées sur la « donation, mais sur le contrat de mariage lui-même, ce « qui ne peut se supposer. Il n'y a donc pas de motif sé- « rieux pour conserver la partie de l'article 2 dont j'ai de- « mandé le retranchement ».[1]

M. Dufaure appuye l'amendement de M. Hébert dans les termes suivants :

« Dans le contrat de mariage, toute donation est une « véritable *convention* ; il n'y a pas transmission unilaté- « rale, il y a engagement réciproque, mutuel. Ce n'est « pas la donation par laquelle une partie peut être dépouil- « lée au profit de l'autre. Dans une donation ordinaire, « on peut très bien comprendre ce qui est le résultat de la « captation ou de suggestions. Les témoins peuvent, par « devoir de conscience, y mettre obstacle au moment où « la donation se passe ; mais, quant au contrat de mariage, « quelle sera votre limite? Pourquoi ne permettriez-vous « pas de faire toute donation qu'on voudra? Et quel est le « témoin qui, en présence des deux époux, l'un profitant « d'une fortune considérable pour faire des avantages con- « sidérables à celui qui lie son sort au sien, qui pourra y « mettre obstacle et y voir une captation, et empêcher que « le contrat ne se passe, quand ce contrat a été préparé par « deux familles, quand elles l'ont accepté pour la loi de « leur avenir? »[2]

C'est à la suite de ces observations que le dernier paragraphe de l'article 2 fut retranché, et M. Franck-Carré, rapporteur de la commission à la Chambre des Pairs, put dire : « Il est donc certain que, dans la pensée du projet « de loi, comme dans la pensée de votre commission, les « contrats de mariage, soit qu'ils contiennent, soit qu'ils « ne contiennent pas donation, sont soumis à la règle gé-

[1] Duvergier, *Collection des Lois*, 1843, p. 266.
[2] Duvergier, *Loc. citat.*, p. 267.

Digitized by Google

« nérale, c'est-à-dire qu'ils sont régis par les articles 1 et 3 « du projet de loi. »[1]

Il faut donc tenir pour certain que la présence réelle du notaire en second et des témoins n'est point requise, y eût-il donation dans le contrat.[2]

**194.** — Les autres conditions des actes notariés doivent être observées, notamment celles qui ont trait à la capacité des témoins : c'est ainsi que l'on ne pourrait prendre comme témoins des personnes parentes ou alliées au degré prohibé par les articles 8 et 10 de la loi du 25 ventôse an XI.[3]

Faut-il que le contrat de mariage soit rédigé en langue française ? L'affirmative est soutenue par MM. Aubry et Rau :[4] mais nous croyons que cette formalité n'est pas indispensable, car si le décret du 2 thermidor an II et l'arrêté du 24 prairial an XI prescrivent la rédaction des actes publics en langue française, ils n'attachent pas la peine de la nullité à l'inobservation de cette disposition ; et, lorsqu'il s'agit de règles concernant la forme extérieure des actes, les nullités doivent résulter d'un texte formel.[5]

**195.** — Une dernière question s'élève à propos de la forme du contrat de mariage, telle qu'elle est prescrite par

[1] Duvergier, *Loc. citat.*, p. 240-241.

[2] Bordeaux, 27 mai 1853, Sirey, 53, II, 85, et Dalloz, 54, II, 90 ; Lyon, 1er juin 1883, Sirey, 84, II, 153, et Dalloz, 84, II, 110. — Rodière et Pont, I, n° 142 ; Marcadé, V, article 1394, I ; Aubry et Rau, V, § 503, texte et note 7, p. 248 ; Colmet de Santerre, VI, n° XI, *bis*, III.

[3] Colmar, 16 mars 1813, Sirey, C. N., IV, II, 276 ; Riom, 20 novembre 1818, Sirey, C. N., V, II, 425 ; Riom, 28 mai 1814, Sirey, C. N., VII, II, 372 ; Riom, 22 juin 1844, Sirey, 44, II, 397. — Rodière et Pont, I, n° 144 ; Aubry et Rau, V, § 503, texte et note 5, p. 248. — *Contrà*, Riom, 12 février 1818, Sirey, C. N., V, II, 352.

[4] VIII, § 735, p. 204.

[5] Bastia, 14 décembre 1874, Sirey, 75, II, 100 ; Bastia, 17 janvier 1876, Sirey, 76, II, 164, et Dalloz, 78, V, 379 ; Cassation, 22 janvier 1879, Sirey, 79, I, 170, et Dalloz, 79, I, 200.

Digitized by Google

l'article 1394 : cette forme solennelle doit-elle être suivie pour les contrats de mariage des Français à l'étranger, ou bien devra-t-on leur appliquer la règle *locus regit actum*, et les autoriser à rédiger leurs conventions matrimoniales n'importe dans quelle forme, pourvu que cette forme soit reçue dans le pays où ils se trouvent ?

La question est controversée, et nous en ajournons l'examen jusqu'au chapitre VII, où nous traiterons *du Régime matrimonial des Français à l'étranger :* mais nous indiquons dès à présent que nous défendrons la théorie qui applique la règle *locus regit actum* au contrat de mariage fait à l'étranger.[1]

**196.** — Lorsque le contrat de mariage est rédigé en la forme prescrite par l'article 1394, il constitue un titre exécutoire. Aussi est-ce avec raison que l'on a jugé que la veuve, créancière de ses reprises et qui a inscrit son hypothèque légale, pouvait, en vertu de son contrat, faire sommation au tiers détenteur d'un immeuble ayant appartenu à son mari de la payer, ou de délaisser l'immeuble par lui acquis.[2]

**197.** — Supposons maintenant que le contrat de mariage est irrégulier en la forme, soit parce qu'il est rédigé sous signatures privées, soit, ce qui arrivera plus fréquemment, parce que, tout en étant rédigé en la forme authentique, il manque de l'une des formalités prescrites par la loi du 25 ventôse an XI, par exemple de la signature de l'un des témoins.[3] Le contrat de mariage est alors nul d'une nullité de non-existence, proposable par tous les intéressés.

Les époux seront réputés mariés sous le régime de la communauté légale.[4] Non seulement le régime qu'ils avaient adopté disparaît pour faire place à la communauté, mais

[1] *Infrà*, Tome I, nos 333 et suiv.
[2] Besançon, 12 décembre 1882, Dalloz, 83, II, 184.
[3] Cassation, 26 avril 1869, Sirey, 69, I, 297, et Dalloz, 69, I, 246.
[4] Aubry et Rau, V, § 503, texte, p. 248 ; Laurent, XXI, n° 46.

Digitized by Google

les constitutions dotales, et, d'une manière générale, les dispositions faites en leur faveur par des tiers sont annulées.[1]

Il est à peine besoin de dire, bien que la question ait été soulevée plusieurs fois, que le contrat de mariage nul comme acte authentique ne pourra valoir comme acte sous seing privé, par application de l'article 1318, au cas il remplirait les conditions de validité d'un acte sous signature privée : cet article n'est applicable en effet qu'aux actes qui peuvent être rédigés en la forme sous seing privé, et non à ceux pour lesquels la loi prescrit une forme solennelle, comme pour le contrat de mariage.[2]

**198.** — On admet encore en général, comme conséquence du principe que le contrat de mariage nul en la forme est nul d'une nullité de non-existence, que la célébration du mariage n'en couvre pas la nullité, et que, pendant la durée du mariage, les parties ne peuvent ratifier cette nullité.[3]

Mais une opinion soutient, au contraire, qu'une fois le mariage dissous par la mort de l'un ou de l'autre des époux, les héritiers peuvent ratifier le contrat de mariage nul en la forme, et que, par suite, l'action en nullité qui leur appartient se prescrira par dix ans à dater de la dissolution du mariage.[4]

Nous pensons, avec M. Laurent,[5] que cette théorie doit être rejetée. En général, l'article 1304 et la théorie des nullités relatives n'est point faite pour les nullités de forme : lorsqu'un acte pour lequel la loi exige des conditions de solennité est nul en la forme, il faut lui appliquer

[1] Pau, 18 juin 1836, Sirey, 36, II, 546.

[2] Colmar, 16 mars 1813, Sirey, C. N., IV, II, 276 ; Caen, 9 mai 1844, Sirey, 45, II, 76. — Laurent, XXI, n° 47.

[3] *Arrêt précité* de Caen du 9 mai 1844.

[4] Cassation, 31 janvier 1833, Sirey, 33, I, 471 ; Cassation, 26 avril 1869, Sirey, 69, I, 297, et Dalloz, 69, I, 246. — Aubry et Rau, V, § 503, texte et note 10, p. 249.

[5] XXI, n° 46.

Digitized by Google

ce que dit l'article 1339 de la nullité de forme de la donation : « Nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la « forme légale ». Cette solution est d'ailleurs logique, car, si un consentement nouveau, libre et éclairé, peut faire disparaître les vices d'un consentement antérieur, la volonté des parties ne peut faire disparaître une nullité de forme.

Que l'on n'objecte pas l'article 1340, qui permet aux héritiers du donateur de confirmer une donation nulle en la forme : ce texte constitue une dérogation aux principes ordinaires, qui s'explique plutôt par la faveur qui s'attache à la confirmation d'une donation par les héritiers du gratifiant que par des principes juridiques. Il est donc impossible d'étendre ce texte à la confirmation du contrat de mariage, qui reste dès lors soumis au droit commun des nullités absolues.

## § II

### *De la publicité du contrat de mariage.*

**199.** — Sous l'empire du Code civil, le contrat de mariage des personnes qui n'étaient pas commerçantes n'était soumis à aucune publicité : les parties faisaient leur contrat de mariage où elles voulaient, et, lorsqu'elles traitaient avec des tiers, elles pouvaient, par la déclaration mensongère qu'elles étaient mariées sans contrat, compromettre gravement les intérêts de ceux-ci ; comme si, par exemple, le tiers traitait avec les époux en vue des immeubles de la femme, qu'il croyait de libre disposition, tandis qu'ils étaient dotaux.

Sans doute, le tiers, trompé par ces manœuvres, pouvait avoir une action en dommages-intérêts contre le mari qui l'avait trompé, mais cette action était le plus souvent illu-

Digitized by Google

soire, de pareilles fraudes n'émanant habituellement que d'un homme insolvable. Parfois même le tiers avait le droit d'agir contre la dot, mais c'était dans l'hypothèse très exceptionnelle où la femme se serait rendue coupable d'un véritable quasi-délit. Le plus souvent donc, le tiers ne pouvait s'en prendre qu'à lui-même d'avoir été trop confiant.

Aussi la loi du 10 juillet 1850, due notamment à l'initiative d'un jurisconsulte éminent, M. Valette, a-t-elle réalisé un véritable progrès législatif, en fondant sur des bases solides le principe de la publicité des conventions matrimoniales.

La loi du 10 juillet 1850 modifie quatre articles du Code, les articles 75, 76, 1391 et 1394. Voici quelle est l'économie de ces textes. Si les futurs époux font un contrat de mariage, le notaire rédacteur du contrat doit, à peine de dix francs d'amende, leur donner lecture du dernier alinéa de l'article 1391, qui indique les conséquences de la non-déclaration du contrat dans l'acte de mariage. Il leur remet ensuite un certificat sur papier libre destiné à l'officier de l'état civil, et indiquant la date du contrat et les noms des parties et du notaire.

Puis, au moment du mariage devant l'officier de l'état civil, celui-ci doit interpeller les futurs époux, ainsi que les personnes qui autorisent le mariage, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage, et, en cas d'affirmative, sa date et les noms et résidence du notaire qui l'a reçu : la réponse est consignée dans l'acte de mariage, à peine d'une amende qui ne peut excéder cent francs, contre l'officier de l'état civil.

Enfin le dernier alinéa de l'article 1391 indique quelle est, vis-à-vis des époux, la sanction de cette loi nouvelle de la publicité : « Si l'acte de célébration porte que les époux « se sont mariés sans contrat, la femme sera réputée, à « l'égard des tiers, *capable de contracter dans les termes* « *du droit commun*, à moins que, dans l'acte qui contien-

Digitized by Google

« dra son engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un con-
« trat de mariage. »

**200**. — Il résulte du texte du dernier alinéa de l'article 1391 et des travaux préparatoires de cette loi, notamment du rapport de M. Valette, que les conséquences de l'inobservation de la loi de 1850 sont très limitées.

En premier lieu, cette inobservation est sans influence sur les rapports des époux entre eux, et les conventions matrimoniales n'en feront pas moins leur loi. C'est ce qui ressort du texte de l'article 1391, « la femme sera réputée « *à l'égard des tiers....* »; et aussi du but même de la loi nouvelle, qui est uniquement de faire connaître aux tiers le régime sous lequel sont mariés les époux avec lesquels ils vont traiter.

En second lieu, même vis-à-vis des tiers, la déclaration inexacte des époux, qu'ils n'ont pas fait de contrat, n'a pas pour résultat de faire réputer non avenues toutes les dispositions du contrat, mais seulement de rendre la femme capable de contracter, suivant les termes du droit commun.

Le texte de l'article 1391 est très précis : « La femme « sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter « dans les termes du droit commun » ; telle est l'unique sanction de la loi, et, comme il s'agit d'une pénalité, on ne peut l'étendre en dehors des termes de l'article qui l'édicte. D'ailleurs, s'il en était besoin en présence d'un texte aussi clair, les travaux préparatoires viennent démontrer que la loi du 10 juillet 1850 n'a eu qu'un but, restituer les tiers contre les fraudes des femmes mariées sous le régime dotal, qui se seraient présentées à eux comme mariées sans contrat, et par conséquent capables d'engager leurs biens.

**201**. — La portée de la loi étant ainsi précisée, voici les conséquences qui en découlent.

La femme qui, après avoir déclaré dans l'acte de mariage qu'elle s'est mariée sans contrat, s'est obligée vis-à-

Digitized by Google

vis des tiers, sera valablement obligée, même sur ses biens dotaux, et elle ne pourra pas opposer l'inaliénabilité de sa dot.

Mais les tiers ne pourront pas soutenir que cette déclaration inexacte de l'acte de mariage a pour effet de faire réputer les époux mariés sous le régime de la communauté légale; et, par exemple, si ces tiers sont des créanciers du mari, de leur donner le droit de saisir le mobilier de la femme comme s'il dépendait de cette communauté.[1]

Au premier abord, on est tenté de regretter que le législateur de 1850 ne soit pas allé plus loin, et n'ait pas dit aux époux : vous avez déclaré que vous étiez mariés sans contrat, je tiens votre déclaration pour vraie, et, au respect des tiers que vous avez trompés par cette déclaration, vous serez mariés sous le régime de la communauté légale, aussi bien en ce qui concerne la propriété des meubles de la femme qu'en ce qui touche l'inaliénabilité de sa dot.

Certes, ce système aurait pu être adopté, mais deux considérations expliquent pourquoi il ne l'a pas été : la première, que les rédacteurs de la loi du 10 juillet 1850 n'étaient préoccupés que d'un seul danger, celui qui peut résulter des déclarations inexactes de la femme dotale; la seconde, que les tiers qui ne pourront pas saisir le mobilier de la femme, comme s'il dépendait d'une communauté légale, ne pourront s'en prendre qu'à eux. En effet, comme le remarque M. Colmet de Santerre,[2] ils pouvaient exiger qu'elle s'engageât avec son mari, et à ce moyen ils avaient action sur ses biens propres comme sur les biens du mari.

A plus forte raison, la déclaration dans l'acte de mariage que les époux sont mariés sans contrat n'a aucune influence

[1] Aubry et Rau, V, § 503, texte et note 17, p. 251 ; Colmet de Santerre, VI, nos 11 *bis* VIII, IX et X.

[2] VI, n° 11 *bis* X.



Digitized by Google

sur la consistance des apports de la femme, ni sur les donations faites aux époux par des tiers, ni sur celles faites par les époux l'un à l'autre.[1]

Ajoutons que la femme peut réparer l'inexactitude de la déclaration contenue dans l'acte de mariage par une déclaration postérieure, lorsqu'elle traite avec les tiers : « à « moins, dit l'article 1391, que, dans l'acte qui contiendra « son engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat « de mariage. »

**202.** — La loi du 10 juillet 1850 s'applique-t-elle aux contre-lettres, c'est-à-dire, comme nous le verrons avec les articles 1396 et 1397, aux conventions additionnelles par lesquelles les futurs époux auraient apporté des changements à leur contrat de mariage avant la célébration du mariage ? La question est controversée, mais l'opinion qui paraît triompher en jurisprudence décide que la loi de 1850 est inapplicable aux contre-lettres.[2]

Nous adoptons sans hésiter cette solution, par les motifs suivants.

La loi du 10 juillet 1850 prononce une déchéance contre la femme et une peine contre le notaire, il faut donc l'entendre restrictivement : or les articles 75 et 1394 ne parlent que du contrat, c'est-à-dire du contrat de mariage, point des contre-lettres ; et l'article 1391 se sert de la même expression, lorsqu'il indique les conséquences pour la femme du défaut de déclaration.

Ajoutons que, dans le système du Code, du moment où le contrat de mariage est connu, la contre-lettre l'est également, puisqu'elle doit être rédigée à la suite de la minute du contrat de mariage. Il était donc inutile d'obliger les parties à déclarer spécialement l'existence de la contre-

[1] Aubry et Rau, V, § 503, texte et note 17, p. 251.

[2] Caen, 2 décembre 1856, Sirey, 57, II, 112 ; Cassation, 18 mars 1857, Sirey, 57, I, 251, et Dalloz, 57, I, 210 ; Nîmes, 4 février 1858, Sirey, 58, II, 175, et Dalloz, 59, V, 99. — *Contrà*, Paris, 12 janvier 1856, Sirey, 56, II, 106, et Dalloz, 56, II, 57.

Digitized by Google

lettre, puisqu'en prenant connaissance de l'un de ces actes les tiers connaîtront l'autre.

Que l'on n'objecte pas que le notaire peut négliger de transcrire la contre-lettre à la suite de l'expédition du contrat principal, et qu'alors les tiers seront lésés. La réponse est qu'en pareil cas l'article 1397 accorde une action aux tiers contre le notaire, mais il n'accorde que cela, et le système que nous combattons ferait rejaillir cette faute du notaire contre la femme, qui serait privée du régime de protection auquel elle a entendu se soumettre par son contrat.[1]

**203.** — La loi du 10 juillet 1850 s'applique à toutes personnes, non commerçantes ou commerçantes : le doute pourrait venir de ce qu'une publicité spéciale a été organisée par le Code de commerce pour le contrat de mariage des commerçants, comme nous allons le dire tout à l'heure. Mais le texte des paragraphes additionnels aux articles 74, 75, 1391 et 1394 ne distingue pas, et, comme tout ce qui concerne la forme des contrats de mariage est la loi commune des Français, quel que soit leur état, il faut appliquer ces dispositions aussi bien aux commerçants qu'aux non-commerçants.[2]

Nous allons voir, d'ailleurs, que cette publicité est loin d'être inutile à ceux qui traitent avec des époux commerçants, malgré les formalités prescrites par le Code de commerce.

**204.** — Lorsque l'un des époux ou les deux époux sont commerçants, il est nécessaire de faire connaître aux tiers sous quel régime les époux sont mariés, soit que ce régime restreigne la liberté que leur donne la communauté légale, soit qu'il l'augmente : dans le premier cas l'intérêt des tiers, dans le second, l'intérêt de l'époux commer-

[1] De Folleville, *Traité du contrat pécuniaire de mariage*, I, n° 59.

[2] *Circulaire* du Ministre de la justice du 13 novembre 1850, Dalloz, 50, III, 79. — Rodière et Pont, I, n° 167.

Digitized by Google

çant exigent que le régime sous lequel il est marié soit connu.

La nécessité de cette publicité a été reconnue bien avant que l'on s'occupât de la publicité du contrat de mariage des non-commerçants. En effet, l'Ordonnance de 1673 la prescrivait dans les termes suivants : « Dans les lieux où « la communauté de biens d'entre mari et femme est éta- « blie par la coutume ou par l'usage, la clause qui y déro- « gera dans les contrats de mariage des marchands... « sera publiée... »[1]

L'Ordonnance prononçait d'ailleurs la nullité de toute clause dérogeant à la communauté légale qui n'aurait pas été publiée : « La clause... sera publiée... *à peine de nul-* « *lité ;* et la clause n'aura lieu que du jour qu'elle aura été « publiée et enregistrée. »[2]

Comme on le voit, l'Ordonnance ne prescrivait la publicité : 1° que dans les lieux où la communauté de biens était établie par la coutume ; 2° que pour les clauses qui dérogeaient à la communauté.

Les articles 67 à 70 du Code de commerce ont reproduit l'idée générale de l'Ordonnance de 1673, la publicité du contrat de mariage des commerçants, tout en modifiant les dispositions de l'Ordonnance, ainsi que nous allons le dire.

Depuis la loi du 10 juillet 1850, cette publicité spéciale du Code de commerce est beaucoup moins utile, et nous croyons qu'on pourrait la supprimer sans inconvénient. Mais, dans l'état de notre législation, il est certain qu'elle est maintenue comme une disposition spéciale à laquelle la loi générale n'a pas dérogé.[3]

**205**. — La publicité prescrite par le Code de commerce

[1] Titre VIII, article 1.

[2] Titre VIII, article 1.

[3] *Circulaire* du Ministre de la justice, du 13 novembre 1850, Dalloz, 1850, III, 79. — Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, I, n° 239.

Digitized by Google

consiste dans l'affiche d'un extrait du contrat de mariage, indiquant le régime sous lequel les époux sont mariés : on a reculé devant les frais qu'entraînerait la publication intégrale du contrat de mariage, et surtout devant les inconvénients qui naîtraient pour les familles de cette publicité, et devant l'entrave qu'elle pourrait apporter au mariage des commerçants.[1]

Cet extrait doit être affiché pendant un an, sur un tableau à ce destiné, dans l'auditoire des greffes du tribunal de commerce et du tribunal civil ; et, s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison de commerce du domicile du mari ; enfin, le même extrait doit être affiché dans le tableau exposé dans les chambres d'avoués et de notaires. Ces diverses formalités de publicité sont prescrites par les articles 67 et 68 du Code de commerce et 872 du Code de procédure civile.

Le Code de commerce distingue, au point de vue des formalités à remplir et des personnes auxquelles elles sont imposées, deux hypothèses, que nous allons successivement examiner : celle où les futurs époux ou l'un d'eux sont commerçants au moment de la célébration du mariage, et celle où ils ne le deviennent que pendant la durée du mariage.

**206.** — Si les futurs époux (ou l'un d'eux) sont commerçants au moment de la célébration du mariage, ce n'est point aux époux ou à l'époux commerçant, mais au notaire, que l'article 68 impose l'obligation de remettre l'extrait du contrat aux greffes et chambres désignées par l'article 872 du Code de procédure civile.

Cette remise doit être effectuée dans le mois du contrat, aux termes de l'article 67 : le notaire ne doit point attendre la célébration du mariage.[2]

Cette remise d'un extrait est imposée à tout notaire qui

[1] Lyon-Caen et Renault, I, n° 242.
[2] Lyon-Caen et Renault, I, n° 243.

Digitized by Google

reçoit un contrat de mariage de commerçants, quel que soit le régime qu'ils adoptent : c'est là une différence importante avec l'Ordonnance de 1673, qui n'exigeait la publicité que si les époux dérogeaient au régime de la communauté.

La sanction du Code de commerce est bien différente aussi de celle que prononçait l'Ordonnance ; au lieu d'édicter la nullité du contrat de mariage qui n'a pas été publié, l'article 68 se borne à prononcer contre le notaire une amende de cent francs, réduite à vingt francs par l'article 10 de la loi du 16 juin 1824 ; l'article 68 ajoute que le notaire peut même encourir la destitution et la responsabilité envers les créanciers, mais seulement s'il y a eu collusion. Il est donc impossible de demander la nullité du contrat de mariage parce qu'il n'a pas été publié.[1]

Ajoutons, toutefois, avec MM. Lyon-Caen et Renault,[2] qu'avant la loi du 10 juillet 1850, qui a donné aux tiers un moyen de s'assurer si les époux avaient fait ou non un contrat de mariage, les tiers victimes d'une fraude concertée entre les époux et le notaire auraient pu, malgré le silence de l'article 68, avoir un recours contre les époux, en vertu du principe général écrit dans l'article 1382.

La remise de l'extrait doit être faite par le notaire dans le délai d'un mois à compter du jour de la rédaction du contrat. Ce délai est invariable, et l'amende est encourue par le notaire même si le dernier jour du mois était un jour férié.[3]

**207.** — Le notaire, pour savoir s'il doit faire les publications prescrites par les textes que nous venons d'analyser, ne doit s'attacher qu'à une seule considération : dans la réalité des faits, les deux époux dont il va dresser le contrat (ou l'un d'eux) ont-ils, à sa connaissance, la qua-

[1] Cassation, 20 avril 1869, Sirey, 69, I, 359, et Dalloz, 70, I, 99.
[2] *Précis de droit commercial*, n° 244.
[3] Tribunal d'Yvetot, 15 août 1875, Dalloz, 77, III, 7.

Digitized by Google

lité de commerçants ? Si oui, le notaire doit, à peine d'amende et de plus grandes peines en cas de collusion, publier l'extrait du contrat de mariage, bien que les époux y aient pris faussement la qualité de non commerçants ; sinon, bien que les époux aient déclaré inexactement qu'ils étaient commerçants, le notaire n'encourt aucune peine pour n'avoir pas déposé les extraits.[1]

Enfin, si la question de savoir si l'époux est ou non commerçant, d'après les principes du Code de commerce, est une question controversée, et si le notaire a pu croire de bonne foi qu'il n'avait pas la qualité de commerçant, le notaire n'encourt aucune amende : la loi punit la faute du notaire, elle ne punit pas un doute excusable.[2]

**208.** — La seconde hypothèse est celle où aucun des époux n'était commerçant au moment de la célébration du mariage, mais où l'un d'eux, ou les deux époux, le sont devenus pendant le mariage : c'est alors à l'époux commerçant et non au notaire, que la loi prescrit de donner de la publicité au contrat de mariage. L'article 69 est conçu dans les termes suivants : « L'époux séparé de biens ou marié « sous le régime dotal, qui embrasserait la profession de « commerçant postérieurement à son mariage, sera tenu « de faire pareille remise dans le mois du jour où il aura « ouvert son commerce : à défaut de cette remise, il pourra « être, en cas de faillite, condamné comme banqueroutier « simple. »

La première remarque que provoque le texte de l'article 69, c'est qu'il ne s'applique, dans ses termes, qu'à l'époux séparé de biens ou marié sous le régime dotal. Néanmoins MM. Lyon-Caen et Renault pensent que pour se conformer à l'esprit de la loi et au motif de l'article 69, qui est de faire connaître aux tiers le régime de l'époux commerçant,

[1] Tribunal de La Pointe-à-Pitre, 30 décembre 1852, Dalloz, 54, III, 22 ; Tribunal de Valence, 10 décembre 1862, Dalloz, 63, III, 32.
[2] Tribunal de Villefranche, 26 août 1881, Sirey, 82, II, 229.

Digitized by Google

toutes les fois que ce régime est restrictif de la communauté légale, il faut exiger la publicité du contrat de mariage sous le régime sans communauté, ou même sous les régimes de communauté restrictifs de la communauté légale.[1]

Cette solution, qui serait excellente en législation, nous paraît inadmissible en présence du texte de l'article 69 : ce texte crée une pénalité et ne l'applique qu'à l'époux marié sous le régime dotal ou sous le régime de la séparation de biens, nous ne pouvons étendre cette pénalité par analogie à l'époux marié sous un autre régime.

**209.** — L'article 69 a fait naître une autre question : en outre de la peine facultative de la banqueroute simple, si l'époux dont le contrat de mariage n'a pas été publié tombe en faillite, cet époux n'encourt-il pas une responsabilité pécuniaire vis-à-vis des tiers qui ont été induits en erreur par le défaut de publicité ?

Non, d'après un premier système :[2] du moment où l'article 69 n'édicte que la peine de la banqueroute simple, on ne peut aller au-delà, et accorder aux tiers une action en indemnité que le législateur commercial a entendu refuser par son silence.

Cette théorie est généralement repoussée, et nous croyons que c'est avec raison. Sans doute l'article 68 du Code de commerce ne parle que de la banqueroute, mais les principes généraux du droit civil déclarent responsables ceux qui, par leur dol ou par l'inobservation des lois, ont trompé les tiers sur leur capacité : cela est vrai pour le mari, cela est vrai aussi pour la femme, même dotale, qui ne peut impunément tromper les tiers sur sa capacité, soit en employant des manœuvres dolosives, soit en n'observant pas la loi prescrivant la publicité de son contrat.[3]

[1] *Précis de droit commercial*, n° 245.

[2] Boistel, *Précis de droit commercial*, n° 245.

[3] Bordeaux, 4 février 1858, Sirey, 59, II, 174 ; Cassation, 24 décembre 1860, Sirey, 61, I, 983, et Dalloz, 61, I, 373 ; Chambéry,

Digitized by Google

Il faut décider, par analogie, que la femme commerçante qui, mariée à l'étranger, ne fait pas publier son contrat de mariage en France, ne peut opposer aux tiers la dotalité des biens qui lui appartiennent.[1]

## § III

### *Du paiement des frais du contrat de mariage.*

**210.** — Les systèmes les plus divers ont été proposés sur la question de savoir à qui incombent les frais du contrat de mariage, c'est-à-dire le coût du contrat, les honoraires du notaire, les droits de mutation et les droits de quittance que peuvent entraîner les constitutions dotales.

Dans une première opinion soutenue par M. Troplong,[2] les frais du contrat, et même les droits proportionnels de mutation, seraient à la charge de ceux qui ont constitué la dot, du père ou de la mère, par exemple, si la dot a été fournie par eux, ou de la femme, si c'est elle qui s'est constitué une dot. C'est, dit M. Troplong, l'application de l'article 1248, d'après lequel les frais de paiement sont à la charge du débiteur.

Cette théorie nous paraît erronée, car, vis-à-vis du constituant, la dot est toujours une libéralité : l'article 1248 est donc étranger à la question, car il n'y a pas un débiteur qui paie, il y a un donateur qui se dépouille ; à quel titre lui imposer les frais du contrat et les droits d'enregistrement ?

18 novembre 1868, Sirey, 69, II, 129 ; Cassation, 29 juillet 1869, Sirey, 70, I, 11, et Dalloz, 71, I, 237 ; Cassation, 27 février 1883, Sirey, 84, I, 185, et Dalloz, 84, I, 29. — Aubry et Rau, V, § 503, texte et note 15, p. 250 ; Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, I, n° 246.

[1] *Arrêt précité* de Cassation du 27 février 1883.

[2] I, n° 199.

Digitized by Google

D'après MM. Rodière et Pont,[1] il faut distinguer les frais du contrat proprement dits, frais d'actes, honoraires du notaire, et les droits proportionnels de mutation. Les droits proportionnels seront dus par l'époux donataire, soit le mari, soit la femme, puisque c'est le donataire qui profite de la libéralité. Quant aux frais du contrat proprement dits, ils constituent une charge du mariage qui doit à ce titre être payée par le mari seul, excepté dans le cas très exceptionnel où le contrat de mariage ne confère au mari aucun avantage, comme dans le régime de la séparation de biens pure et simple. Bien plus, même dans cette hypothèse du régime de la séparation de biens, MM. Rodière et Pont paraissent admettre que la femme sera déchargée de toute contribution aux frais, du moment où elle aura abandonné au mari le tiers de ses revenus, conformément aux articles 1537 et 1575.

Un troisième système enseigne que les frais du contrat sont une charge personnelle des époux, et non une charge du mariage ; mais qu'elle doit se répartir entre les époux proportionnellement aux apports de chacun d'eux, car c'est dans la mesure de ces apports qu'ils sont intéressés à la rédaction du contrat de mariage.[2]

Enfin un quatrième système, auquel nous nous rallions pleinement, distingue les droits de poursuite des créanciers pour frais de contrat, et la contribution réelle des époux au paiement de ces frais.

**211.** — S'agit-il du droit de poursuite des créanciers pour frais de contrat? Ils auront action contre les époux, suivant le régime adopté par ceux-ci, dans la mesure où tout autre créancier pour dette antérieure au mariage pourrait avoir action ; et, à ce point de vue du droit de poursuite, les frais de contrat constituent une dette ordinaire, antérieure au mariage, qui suit le sort de toutes les dettes

[1] I, n° 196.
[2] Dijon, 3 décembre 1869, Sirey, 70, II, 17, et Dalloz, 70, II, 161.

Digitized by Google

antérieures. Si le mari, par exemple, est, à raison du régime adopté, obligé de payer la part incombant à sa femme dans ces frais, il aura un recours contre elle ou ses héritiers à la dissolution du mariage.

**212.** — Reste la question vraiment importante, celle de la contribution des deux époux dans les frais de contrat : nous croyons que pour la résoudre, il faut distinguer deux catégories de frais, les droits de mutation dus à l'occasion des libéralités faites dans le contrat, et les frais de contrat proprement dits.

Les droits de mutation dus à l'occasion des constitutions dotales, ou des libéralités faites par le contrat de mariage, doivent être à la charge exclusive de l'époux doté ou donataire, car lui seul profite de la libéralité qui lui est faite ; et en cela le système que nous adoptons se confond, comme on le voit, avec celui de MM. Rodière et Pont.

Mais, en ce qui concerne les frais de contrat et les honoraires du notaire, nous croyons qu'ils constituent une dette personnelle à chacun des époux pour moitié, à moins de convention contraire. En effet, ils ont un égal intérêt à la rédaction de leurs conventions matrimoniales, quelle que soit l'importance de leur apport : le contrat de mariage est destiné à régir l'avenir comme le présent, et la proportion de leur fortune à venir peut être inverse de celle qu'ils apportent présentement. Il faut donc s'attacher à l'étendue des apports, et suivre le principe ordinaire des dettes conjointes, qui se divisent par moitié entre deux débiteurs conjoints.[1]

**213.** — Les honoraires des notaires pour la rédaction des contrats de mariage ne sont réglés par aucune loi : c'est donc aux tribunaux qu'il appartient de les fixer, en

[1] Cassation, 21 juillet 1852, Sirey, 52, I, 696, et Dalloz, 52, I, 194 ; Cassation, 8 décembre 1874, Sirey, 75, I, 209, et Dalloz, 75, I, 33 ; Caen, 6 décembre 1877, Sirey, 78, II, 215, et Dalloz, 79, II, 134. — Aubry et Rau, V, § 503, texte et notes 11, 12 et 13, p. 249 ; Laurent, XXI, nos 112-113.

Digitized by Google

tenant compte de la difficulté de rédaction du contrat de mariage, et de la responsabilité que le notaire encourt. Cette solution est conforme à la règle d'équité posée par l'article 173 du tarif du 16 février 1807.[1]

Pour cette fixation, les tribunaux ne sont liés par aucun tarif, sauf à tenir compte, dans telle mesure qu'ils voudront, du tarif adopté par les notaires.[2]

[1] Tribunal de Die, 9 août 1864, Dalloz, 65, III, 61.
[2] Tribunal de Nîmes, 18 février 1880, Sirey, 81, II, 144.

Digitized by Google

## CHAPITRE IV

### DE L'ÉPOQUE A LAQUELLE LES CONVENTIONS MATRIMONIALES PEUVENT ÊTRE FAITES OU MODIFIÉES, ET DE LEUR CADUCITÉ.

**214.** — Nous allons diviser nos explications sur ce chapitre en quatre sections :

I. — *De l'époque à laquelle les conventions matrimoniales doivent être rédigées.*

II. — *De la défense de modifier les conventions matrimoniales pendant le mariage.*

III. — *Des changements qui peuvent être apportés aux conventions matrimoniales, dans l'intervalle de la rédaction du contrat de mariage au mariage.*

IV. — *De la caducité des conventions matrimoniales.*

Digitized by Google

## SECTION I

*De l'époque à laquelle les conventions matrimoniales doivent être rédigées.*

**215.** — « Toutes conventions matrimoniales, dit l'ar-« ticle 1394, seront rédigées *avant le mariage...* » Cette règle importante est contraire au droit romain et aux principes reçus dans les provinces de droit écrit : « *Pacisci post* « *nuptias, etiamsi nihil ante convenerit, licet,* » disait la loi romaine.[1] C'était aussi la règle des provinces de droit écrit.[2] C'est ainsi, notamment, que l'on pouvait non seulement augmenter, mais constituer la dot après le mariage.

Au contraire, dans les provinces de droit coutumier, le contrat de mariage ne pouvait être rédigé qu'avant la célébration du mariage : « En traicté de mariage, et *avant la foy* « *baillée et bénédiction nuptiale,* disait l'article 202 de la « coutume d'Orléans, homme et femme peuvent faire et « apposer telles conditions, douaires, donations et autres « conventions que bon leur semble. »

Pothier, développant cette idée que le contrat de mariage doit être fait avant le mariage, s'exprimait dans les termes suivants : « Les conventions matrimoniales doivent

[1] L. 1, ff., *De pactis dotalibus* (XXIII, IV).
[2] Despeisses, *De la dot,* I, p. 476.

Digitized by Google

« se faire avant la célébration du mariage ; il n'est plus « temps de les faire après que le mariage a été célébré. « Par exemple, dans les provinces dont la loi n'admet la « communauté de biens entre conjoints que lorsque les « parties en sont expressément convenues ; si des parties « ont célébré leur mariage avant que d'avoir fait un contrat « de mariage, elles ne pourront plus, aussitôt que le ma- « riage aura été célébré, convenir entre elles d'une com- « munauté de biens... »[1]

La règle coutumière de l'article 1394 a été introduite dans le Code, disait Berlier, ainsi que celle de l'article 1395 que nous étudierons tout à l'heure, et qui en est le corollaire, « pour empêcher des fraudes envers les tiers, telles que « celles dont le passé n'a offert que trop d'exemples. »[2]

Nous croyons que cette règle est en effet sage et prévoyante, et qu'elle peut se justifier par les motifs suivants.

En premier lieu, comme le disait Berlier, si l'on permettait aux époux de rédiger leurs conventions matrimoniales après le mariage, les tiers seraient exposés à des fraudes, à la substitution d'un régime de restriction au régime de capacité en vue duquel ils avaient traité.

Mais ce motif, si grave qu'il soit, n'est peut-être pas le plus important : ce qu'il y aurait à craindre par dessus tout, c'est que les intérêts de la femme ne fussent sacrifiés dans ces changements à ceux du mari. Avant le mariage, la femme, entourée des siens, est sur un pied d'égalité avec le futur époux pour débattre et arrêter les conventions matrimoniales : mais, après le mariage, l'expérience et l'autorité du mari pourraient facilement amener la femme à consentir à des changements désastreux pour elle.

Si la femme résistait, il y aurait un autre danger : c'est

[1] *Introduction au traité de la communauté*, n° 11.
[2] *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 667.

Digitized by Google

que les discussions, auxquelles donnerait lieu le désir du mari de modifier les conventions matrimoniales, n'amenassent la discorde dans le ménage.

La disposition de l'article 1394, complétée par celle de l'article 1395, qui défend tout changement pendant le mariage aux conventions matrimoniales, est donc une disposition excellente, bien supérieure à la règle du droit romain.[1]

**216.** — Si les conventions matrimoniales ont été rédigées après le mariage, elles sont nulles, d'une nullité absolue, proposable par tout intéressé : le caractère absolu de cette nullité résulte en effet des motifs que nous venons de donner, et qui prouvent que la règle de l'article 1394 n'a pas été introduite dans l'intérêt privé de l'un ou de l'autre des époux, mais dans l'intérêt général, celui des époux, de leurs enfants et des tiers.

Comme conséquence du caractère absolu de cette nullité, on admet en général qu'elle pourra être opposée soit par les époux l'un à l'autre, soit par les tiers aux époux, ou par les époux aux tiers.

On admet encore que, pendant le mariage, cette nullité ne peut se couvrir par aucune confirmation, expresse ou tacite.[2]

**217.** — Mais, une fois le mariage dissous, la nullité du contrat de mariage rédigé après la célébration du mariage pourra-t-elle être expressément ratifiée, et l'action en nullité se prescrira-t-elle par dix ans ?

L'affirmative est enseignée par MM. Aubry et Rau,[3] et adoptée par un arrêt de la Cour de Cassation ;[4] mais cette opinion nous paraît erronée, et nous croyons, avec M. Lau-

[1] Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 1, p. 252 ; Laurent, XXI, n° 57 ; Colmet de Santerre, VI, n° 11 *bis*, XI.

[2] Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte, p. 253 ; Laurent, XXI, n° 59.

[3] V, § 503 *bis*, texte et note 4, p. 253.

[4] 31 janvier 1833, Sirey, 33, I, 471. — *Voir* Cassation, 26 avril 1869, Sirey, 69, I, 297.

Digitized by Google

rent, que la confirmation expresse, ou la confirmation tacite résultant de l'expiration du délai de dix ans, n'est pas possible après la dissolution du mariage, pas plus qu'elle ne l'était pendant le mariage.

Nous ne pouvons pas comprendre, en effet, comment la nullité du contrat de mariage, absolue tant que vivent les époux, se transformerait en nullité relative au décès de l'un d'eux. C'est au moment où les conventions matrimoniales sont rédigées qu'il faut apprécier le caractère de la nullité qui les frappe : MM. Aubry et Rau reconnaissent qu'à ce moment la nullité est absolue, et en déduisent logiquement ces deux conséquences que, pendant le mariage, tout intéressé pourra l'invoquer, et qu'elle ne pourra pas être ratifiée.

Il en sera de même une fois le mariage dissous, car le décès de l'un des époux ne peut donner au contrat de mariage l'existence légale qui lui manque.

Déjà nous avons rencontré et combattu une théorie analogue, à propos des nullités de forme du contrat de mariage :[1] nul en la forme, avons-nous dit, il reste toujours tel et il ne peut être confirmé, même après la dissolution du mariage. De même ici, le contrat de mariage, nul d'une nullité de non existence à raison de l'époque à laquelle il a été fait, conservera toujours le vice qui l'a atteint à sa naissance.

**218.** — Si le contrat de mariage a été fait le même jour que le mariage, et qu'un intéressé veuille prouver qu'il n'a été rédigé qu'après la célébration du mariage, il sera admis à faire cette preuve par témoins, sans inscription de faux : il en serait ainsi même si le contrat de mariage portait que les parties, qualifiées de futurs époux, arrêtent les conditions civiles de leur union en vue du mariage qu'elles se proposent de contracter.[2]

[1] *Suprà*, Tome I, n° 198.

[2] Riom, 11 janvier 1837, Sirey, 37, II, 421 ; Cassation, 18 août



Digitized by Google

Le motif en est que l'officier public n'atteste jusqu'à inscription de faux que les faits qu'il a pour mission de constater, d'un côté, et, de l'autre, qu'il peut réellement attester *de visu aut auditu*. Or, ici, le notaire a pour mission de rédiger les conventions arrêtées par les parties qui se présentent devant lui, et non de constater leur état civil; d'un autre côté, il ne sait pas personnellement si ces personnes sont mariées ou non, il se borne à relater dans l'acte que les parties lui ont dit qu'elles allaient se marier, et il ne peut donner le caractère de l'authenticité à une pareille déclaration, qui est l'œuvre des parties et non la sienne.

**219.** — Lorsque le contrat de mariage est annulé parce qu'il a été rédigé après le mariage, ce qui est nul, ce sont les conventions matrimoniales proprement dites, l'adoption d'un régime, les gains de survie, etc...

Mais il peut y avoir, dans ce contrat annulé, trois conventions ou reconnaissances qui vont lui survivre et qui seront valables, malgré la nullité de l'acte qui les contient.

En premier lieu, s'il a été fait aux époux ou à l'un d'eux une donation de biens présents dans ce contrat, et que les conditions requises pour la validité de cette donation soient remplies, elle sera valable et continuera de produire ses effets.[1] Ce qui est défendu par l'article 1394, ce sont les conventions matrimoniales rédigées après le mariage, ce ne sont pas les donations faites aux époux.

En second lieu, si le contrat de mariage contient une convention à titre onéreux faite avec les époux ou avec l'un d'eux, une cession de fonds de commerce, par exemple, ou un bail, cette convention sera valable malgré la

1840, Sirey, 40, I, 785. — Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 3, p. 253 ; Laurent, XXI, n° 62.

[1] Cassation, 11 novembre 1828, Sirey, C. N., IX, I, 179. — Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 5, p. 253-254 ; Laurent, XXI, n° 63.

Digitized by Google

nullité du contrat. Il y a en effet moins de connexité entre cette convention à titre onéreux et le régime adopté par les époux, qu'entre une donation de biens présents et ce régime.

En troisième lieu, les mentions que le contrat de mariage contient, quant à l'étendue des apports faits par les époux, pourront, suivant les circonstances, faire preuve de ces apports.[1] Il peut y avoir, dans cette déclaration d'apports, faite par l'un des conjoints en présence de l'autre, une reconnaissance de la part de ce dernier ; et cette reconnaissance est indépendante de la validité en la forme de l'acte où elle est contenue.

**220.** — La règle de l'article 1394, qui défend la rédaction du contrat de mariage après la célébration du mariage, est-elle applicable aux contrats de mariage faits par des Français à l'étranger ? C'est une question controversée, que nous étudierons avec le chapitre VII, *du Régime matrimonial du Français qui se marie à l'étranger.*[2]

[1] Riom, 24 août 1846, Sirey, 47, II, 142. — Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 6, p. 254 ; Laurent, XXI, n° 63.

[2] *Infrà*, Tome I, n° 339.

Digitized by Google

## SECTION II

*De la défense de modifier les conventions matrimoniales pendant le mariage.*

**221.** — L'article 1395, qui n'est, comme nous l'avons dit, que le développement et la conséquence du principe posé dans l'article 1394, porte que les conventions matrimoniales « ne peuvent recevoir aucun changement après « la célébration du mariage ». On comprend, en effet, qu'il eût été inutile d'ordonner que les conventions matrimoniales devaient être rédigées avant le mariage, si l'on avait permis de les modifier après ; et tous les motifs que nous avons indiqués, pour légitimer la règle de l'article 1394, militent en faveur de la disposition de l'article 1395.

Telle était, d'ailleurs, la portée de la règle coutumière : « Un second caractère qui est propre aux conventions ma- « trimoniales, et aux donations portées par les contrats de « mariage, disait Pothier, est qu'aussitôt qu'elles ont été « confirmées par la célébration du mariage, qui a suivi le « contrat, il n'est plus permis aux parties d'y déroger en « rien, même par leur consentement mutuel ».[1]

**222.** — Si, contrairement à la prohibition de l'article 1395, les époux ont modifié leurs conventions matrimo-

[1] *Introduction au traité de la communauté*, n° 18.

Digitized by Google

niales, les modifications qu'ils y ont apportées sont nulles, quels que soient le but et la portée de ces modifications.

M. Toullier avait essayé de soutenir que la défense de changer les conventions matrimoniales n'avait d'autre but, sous l'empire du Code civil, que d'empêcher les époux de se faire des donations irrévocables pendant le mariage, contrairement à la règle de l'article 1096 ; et il en avait conclu que ces modifications n'étaient pas nulles en elles-mêmes, mais que seulement les avantages qui en résultaient pouvaient toujours être révoqués par l'époux donateur.[1]

Cette théorie, évidemment erronée, fut brillamment réfutée à son apparition par M. Demante ;[2] et, depuis lors, il est admis sans conteste que toute modification apportée au contrat de mariage pendant le mariage est nulle.[3] En général, toute violation d'une loi de fonds prohibitive entraîne la nullité de ce qui a été fait au mépris de la prohibition portée par la loi : ce motif suffirait pour faire prononcer la nullité de toute dérogation aux conventions matrimoniales pendant le mariage. Mais il faut ajouter que le législateur a eu en vue, dans les articles 1394 et 1395, non pas d'empêcher les donations irrévocables entre époux, mais, comme nous l'avons dit, de protéger les tiers, les époux et surtout la femme, enfin les enfants, contre des modifications qui ne présentent pas les garanties de sincérité et de liberté qu'offrent les conventions rédigées avant le mariage. Ces motifs dépassent beaucoup la portée de l'article 1096, et conduisent à la nullité absolue de toute dérogation au contrat, quelle qu'elle soit.

**223.** — Les modifications au contrat de mariage sont nulles, même si les époux s'étaient réservé, par le contrat

[1] XII, nos 24-41.

[2] *Thémis*, VIII, p. 161 et 229.

[3] Troplong, I, nos 201-203 ; Rodière et Pont, I, no 149 ; Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 8, p. 254 ; Laurent, XXI, no 65.

Digitized by Google

de mariage, la faculté de déroger aux conventions arrêtées par eux. « Les conventions matrimoniales, disait « Pothier, sont tellement irréformables que les parties ne « peuvent pas, par leur contrat de mariage, se réserver la « faculté de changer ou réformer quelqu'une desdites con- « ventions. »[1] D'ailleurs, les parties ne peuvent, par contrat, se réserver la faculté de déroger à une loi d'ordre public.

**224.** — Il est défendu de déroger aux conventions matrimoniales adoptées par les époux, soit qu'ils les aient rédigées par écrit, soit qu'en se mariant sans contrat, ils aient adopté tacitement le régime de la communauté légale. C'est ce qu'explique très bien Pothier :

« Ce principe a lieu, non seulement à l'égard des con- « ventions expresses qui sont portées par un contrat de « mariage, mais encore à l'égard des conventions virtuelles « et implicites qu'on suppose intervenues entre les per- « sonnes qui ont contracté mariage. C'est pourquoi, lorsque « des personnes soumises à une coutume qui admet la « communauté de biens entre mari et femme, sans que les « parties s'en soient expliquées, ont contracté mariage sans « passer aucun contrat de mariage, la convention virtuelle « et implicite par laquelle ces personnes sont censées s'en « être rapportées à leur coutume pour leurs conventions, « et être en conséquence convenues d'une communauté de « biens, est une convention aussi invariable que si elle eût « été expresse et portée par un contrat de mariage. Aussi- « tôt que le mariage a été célébré, il n'est plus permis aux » parties d'y déroger, même par un consentement mutuel, « soit en déclarant qu'elles n'ont point entendu, en se ma- « riant, contracter une communauté de biens, soit en con- « venant de la faire cesser pour l'avenir par une séparation « de biens ».[2]

[1] *Introduction au traité de la communauté*, n° 19.
[2] *Introduction au traité de la communauté*, n° 18.

Digitized by Google

**225.** — Il ne faudrait pas considérer comme dérogeant aux conventions matrimoniales le fait par le mari de révoquer, au cours du mariage, l'autorisation qu'il aurait donnée à la femme de faire le commerce, et cela par le contrat de mariage. C'est une question discutée, et dans l'examen de laquelle nous n'avons pas à entrer, que de savoir si le mari peut arbitrairement retirer l'autorisation qu'il a donnée à la femme de faire le commerce, ou si, au contraire, la femme ne peut pas se pourvoir en justice contre sa révocation : mais ce que nous disons, c'est que si l'on admet avec l'opinion la plus accréditée la solution affirmative, le droit absolu de révocation pour le mari, le fait que l'autorisation a été donnée par le contrat de mariage ne modifiera pas les pouvoirs du mari.

C'est qu'en effet, bien que l'autorisation de faire le commerce soit dans le contrat de mariage, elle n'est pas pour cela une convention de mariage : le mari ne peut, aux termes de l'article 1388, abdiquer par le contrat de mariage son autorité maritale, et c'est ce qu'il ferait s'il pouvait donner ainsi à la femme une autorisation irrévocable.[1]

**226.** — Il importe de bien comprendre le sens de cette règle, que l'on ne peut changer les conventions matrimoniales après la célébration du mariage : il faut en effet concilier ce principe avec le droit de disposition qui appartient aux époux sur leur patrimoine, et que l'on ne saurait entraver sans de graves inconvénients.

Pour étudier la portée de la disposition de l'article 1395, nous allons étudier les deux points suivants :

§ I. — *Actes prohibés comme apportant un changement aux conventions matrimoniales* ;

§ II. — *Actes permis comme ne dérogeant pas aux conventions matrimoniales.*

[1] Bordeaux, 12 novembre 1873, Sirey, 74, II, 193. — Demolombe, IV, n° 322 ; Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, I, n° 186.

Digitized by Google

## § I

### *Actes prohibés comme apportant un changement aux conventions matrimoniales.*

**227.** — Les actes défendus par l'article 1395, parce qu'ils dérogent aux conventions matrimoniales, peuvent être divisés en trois groupes :

A. — *Actes changeant le régime adopté ;*

B. — *Renonciation par l'un des conjoints aux avantages que son conjoint lui a faits ;*

C. — *Renonciation par les conjoints, ou par l'un d'eux, aux avantages qui leur ont été faits par des tiers.*

**228.** — A. *Actes changeant le régime adopté.* — Il est évident que les époux ne peuvent substituer un autre régime à celui qu'ils ont adopté, par exemple, comme le prévoyait Pothier dans le passage que nous avons cité plus haut, remplacer le régime de la communauté par celui de la séparation de biens.

Il nous paraît encore certain que les époux ne peuvent établir entre eux une communauté, même réduite aux acquêts, lorsqu'ils sont mariés sous un régime qui exclut la communauté. Une pareille stipulation constitue au premier chef un changement aux conventions matrimoniales, une modification aux droits respectifs des époux, tels qu'ils sont déterminés par le contrat de mariage.[1]

**229.** — Les époux peuvent-ils, pendant le mariage, former entre eux une société de biens, particulière ou universelle, comme pourraient le faire des étrangers ?

Une première opinion soutient l'affirmative. Elle invoque

[1] Troplong, I, n° 206 ; Rodière et Pont, I, n° 151 ; Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 14, p. 255 ; Laurent, XXI, n° 76.

Digitized by Google

deux arguments principaux : le premier, que l'immutabilité des conventions matrimoniales n'empêche pas les époux de disposer de leurs biens ; le second, que les contrats à titre onéreux, notamment la société, sont permis entre époux, puisque le législateur a pris soin d'édicter un texte spécial, l'article 1595, lorsqu'il a voulu défendre aux époux un contrat, le contrat de vente. On ajoute, dans ce système, que le contrat de mariage n'est en rien modifié : il continuera de faire la loi générale des époux, et l'acte de société qu'ils auront fait régira seulement leurs rapports comme associés, comme cela arriverait si l'un des époux contractait une société avec un étranger, au lieu de la contracter avec son conjoint.[1]

Nous pensons, au contraire, que cette stipulation de société doit être annulée, par l'application de l'article 1395.

Les époux ont voulu, à un moment où leurs intérêts étaient sauvegardés par une indépendance réciproque et complète, qu'il n'y eût pas entre eux de société. Ils ont voulu que chacun conservât son patrimoine, sauf les droits d'administration plus ou moins étendus que le régime par eux adopté confère au mari ; ou bien les époux ont choisi la communauté légale, avec toutes ses conséquences.

Si plus tard, au cours du mariage, à un moment où, comme nous l'avons dit, les intérêts de l'un ou de l'autre des conjoints, surtout de la femme, peuvent être sacrifiés, les époux établissent entre eux une société, alors qu'ils avaient exclu toute idée de société ; ou s'ils établissent une société en nom collectif, alors qu'ils avaient adopté la communauté légale, ils apportent une modification grave à l'esprit des conventions qu'ils avaient arrêtées.

Il ne s'agit pas de savoir si les époux peuvent, en général, faire entre eux des contrats à titre onéreux, ce que nous croyons : il s'agit de savoir si, après avoir exclu la communauté, ils dérogent à la loi qu'ils se sont donnée en

[1] Duranton, XVII, n° 347; Laurent, XXI, n° 76.

Digitized by Google

établissant entre eux une société ; ou si, après avoir adopté la communauté légale, ils modifient le pacte conjugal en créant une société en nom collectif, avec une organisation et des responsabilités toutes différentes : et l'affirmative nous paraît certaine.[1]

Nous croyons que cette solution doit être adoptée, quel que soit le régime matrimonial des époux, fût-ce le régime de séparation de biens ;[2] et qu'elle conduit à l'exclusion de toute société, par exemple de la société en nom collectif lorsque les époux étaient mariés sous le régime de la communauté.[3]

**230.** – Les époux ne peuvent pas plus déroger d'une manière spéciale, et sur un point déterminé, aux conventions par eux arrêtées, qu'ils ne peuvent y déroger d'une façon générale.

Ainsi, lorsqu'ils ont adopté purement et simplement le régime de la communauté, ils ne peuvent stipuler, une fois le mariage célébré, qu'un bien qu'ils achètent en commun appartiendra au survivant : ce serait déroger à la règle de la communauté, d'après laquelle les biens se divisent par moitié entre les deux époux, si la femme accepte la communauté.[4]

**231.** — Les époux ne peuvent, disons-nous, déroger d'une manière spéciale aux conventions par eux adoptées : doit-on, par application de cette idée, décider que la femme mariée sous le régime de la communauté, qui échange un de ses immeubles propres, ne peut stipuler

[1] Paris, 24 mars 1870, Sirey, 71, II, 71 ; Dijon, 27 juillet 1870, Sirey, 71, II, 268. — Troplong, I, n° 210 ; Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 14, p. 255 ; Massé, *Droit commercial*, II, n° 1267.

[2] Paris, 9 mars 1859, Sirey, 59, II, 502. — *Compar.* Tome III, n°s 1233 et 1686.

[3] Cassation, 9 août 1851, Sirey, 52, I, 281, et Dalloz, 52, I, 160 ; Paris, 14 avril 1856, Sirey, 56, II, 369, et Dalloz, 56, II, 351 ; Cassation, 3 août 1859, Sirey, 59, I, 801, et Dalloz, 59, I, 419 ; Metz, 22 août 1861, Sirey, 62, II, 330.

[4] Lyon, 21 juillet 1849, Sirey, 49, II, 477, et Dalloz, 49, II, 223.

Digitized by Google

que l'immeuble acquis en échange entrera dans la communauté ?

Cette stipulation serait nulle, dit M. Laurent,[1] pour violation de l'article 1395 : en effet, sous le régime de la communauté, l'article 1407 décide que l'immeuble acquis en échange par l'un des époux n'entre point en communauté, et est subrogé au lieu et place de celui qui a été aliéné. Si la femme stipule que l'immeuble acquis par elle en échange tombera en communauté, elle déroge à l'une des conséquences légales du régime qu'elle a adopté, et contrevient par suite aux dispositions de l'article 1395.

La stipulation nous paraît, au contraire, valable, par les motifs suivants. Sous le régime de la communauté, les immeubles de la femme sont de libre disposition, et elle pourrait, avec la seule autorisation de son mari, les vendre sans remploi et en faire entrer le prix dans la communauté, sauf récompense. Or, en stipulant que l'immeuble qu'elle achète en échange de l'un des siens entrera en communauté, la femme, autorisée de son mari, se borne à user de ce droit de disposition qui lui appartient sur son patrimoine.

On objecte l'article 1407 : nous répondrons, avec MM. Aubry et Rau, que ce texte n'établit point une règle impérative, et qu'il se borne à créer une présomption de volonté, que les époux sont maîtres de détruire par l'expression d'une volonté contraire. On ne comprendrait pas, en effet, comment la femme qui, après avoir acquis cet immeuble en échange, pourrait le revendre immédiatement et en faire entrer le prix en communauté, n'aurait pas le droit de simplifier l'opération en déclarant que l'immeuble échangé sera commun.[2]

Sous le régime dotal, il en serait différemment : l'immeu-

[1] XXI, n° 87.

[2] Cassation, 31 juillet 1832, Sirey, 32, I, 505. — Troplong, I, n° 639; Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 23, p. 257-258.

Digitized by Google

ble dotal ne pouvant être aliéné par la femme, elle ne peut modifier la condition de l'immeuble qu'elle acquiert en échange de l'immeuble dotal primitif, et qui revêt le même caractère d'inaliénabilité.

**232.** — Si la femme, en se mariant sous le régime de la communauté, a fait insérer dans le contrat une clause portant que ses immeubles ne pourraient être aliénés que sous condition de remploi, et que les acquéreurs seraient responsables du défaut de remploi, peut-elle ensuite renoncer au bénéfice de cette clause?

Nous croyons qu'il faut répondre négativement, car il y a dans cette renonciation une dérogation aux conventions matrimoniales, et un abandon par la femme d'une garantie importante pour la conservation de sa dot. Si elle pouvait renoncer à cette clause, elle n'aurait plus d'autre sécurité pour le recouvrement de sa dot que la fortune de son mari, tandis que la clause dont il s'agit lui donne un recours assuré contre les tiers acquéreurs : l'article 1395 la protège contre de telles abdications.[1]

**233.** — L'article 1543, en décidant que sous le régime dotal la dot ne peut être ni constituée ni augmentée pendant le mariage, fournit une application de l'article 1395 : cette constitution ou cette augmentation de la dot dérogerait au contrat de mariage qui, sous le régime dotal, doit indiquer d'une manière générale l'étendue de la dot.

Par application de ce principe, on doit décider que toute convention, par laquelle les époux donneraient le caractère de dotalité à un bien qui ne serait pas dotal d'après le contrat, serait nulle : c'est ainsi, par exemple, que si la dot mobilière avait été constituée sans condition d'emploi,

[1] Limoges, 11 décembre 1863, Sirey, 65, II, 77; Cassation, 19 juillet 1865, Sirey, 65, I, 372. — *Contrà*, Lyon, 11 juillet 1857, Sirey, 58, II, 6, et Dalloz, 59, I, 122.

Digitized by Google

l'offre d'emploi des valeurs dotales que ferait le mari au cours du mariage serait complètement nulle.[1]

A l'inverse, toute clause par laquelle les époux enlèveraient le caractère dotal à un bien qui doit être dotal d'après le contrat serait nulle, par application non plus de l'article 1543, mais des articles 1395 et 1541.[2]

**234.** — B. *Renonciation par l'un des conjoints aux avantages que son conjoint lui a faits.* — Toute renonciation de ce genre tombe sous le coup de la prohibition de l'article 1395, puisque ces avantages constituent une des conditions du contrat de mariage.

Il importe peu que l'avantage, auquel l'un des conjoints renonce, soit une donation de biens présents ou une donation de biens à venir : la renonciation est également nulle dans les deux cas. Elle est nulle par application de l'article 1395, s'il s'agit d'une donation de biens présents ; et, s'il s'agit d'une donation de biens à venir, cette renonciation est nulle d'abord en vertu de l'article 1395, puis en vertu des articles 791 et 1130, et comme constituant une renonciation à une succession future.[3]

**235.** — Il faut combiner le principe que les époux ne peuvent renoncer aux avantages qu'ils se sont faits, avec le droit qui leur appartient de disposer de leur fortune pendant le cours du mariage.

Par exemple, si l'un des époux renonce à l'avantage que son conjoint lui a fait au profit d'un de leurs enfants, la renonciation sera valable, si elle transfère à l'enfant donataire l'avantage auquel le père ou la mère renonce.[4]

[1] Bordeaux, 7 décembre 1841, Dalloz, Répert., V° *Contrat de mariage*, n° 340. — Laurent XXI, n° 77.

[2] Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 16, p. 256.

[3] Toulouse, 15 avril 1842, Sirey, 42, II, 385. — Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 17, p. 256 ; Laurent, XXI, n° 78.

[4] Agen, 12 mai 1848, Sirey, 48, II, 301, et Dalloz, 48, II, 188; Cassation, 16 juillet 1849, Sirey, 50, I, 380, et Dalloz, 49, I, 394 ; Cassation, 31 juillet 1867, Dalloz, 68, I, 209. — Laurent, XXI,

Digitized by Google

Au contraire, la renonciation serait nulle, fût-elle insérée dans un acte de donation faite au profit de l'un des enfants, si cette renonciation était purement abdicative, et n'avait d'autre résultat que de restituer au conjoint donateur la libre disposition de ses biens.[1]

Nous retrouverons bientôt cette distinction entre les renonciations translatives, permises parce qu'elles constituent des actes de disposition licites, et les renonciations abdicatives, défendues parce qu'elles sont une dérogation aux conventions matrimoniales, lorsque nous traiterons de la renonciation par les époux, ou par l'un d'eux, aux donations qui leur ont été faites par des tiers.

**236.** — C. *Renonciation par les époux, ou par l'un d'eux, aux avantages qui leur ont été faits par des tiers.* — Ces renonciations sont nulles, comme dérogeant aux conventions matrimoniales, au même titre que les renonciations aux avantages que les époux se seraient conférés.

Il importe peu, à ce point de vue, que le tiers donateur soit intervenu ostensiblement au contrat de mariage pour y faire une donation, ou qu'il ait fourni les fonds à l'un des futurs époux, qui les a apportés au contrat comme lui appartenant. Dans les deux hypothèses, la donation est irrévocable, et, par exemple, les époux ne pourraient s'obliger pendant le mariage à la restitution de la somme fournie par le tiers, et apportée en apparence par l'un des époux.

Nous trouvons dans la jurisprudence une application intéressante de ce principe, dans une hypothèse où un tiers avait fourni à la future épouse la dot réglementaire exigée pour le mariage des officiers :[2] il y avait là un motif de

n° 83. — *Contrà*, Aubry et Rau, VIII, § 739, texte et note 60, p. 78-79. — *Compar.* Demolombe, *Cours de code civil*, XXIII, n° 324.

[1] Toulouse, 7 mai 1829, Sirey, C. N., IX, II, 259; Cassation, 11 et 12 janvier 1853, Sirey, 53, I, 65, et Dalloz, 53, I, 17 et 21; Agen, 17 décembre 1856, Sirey, 57, II, 1. — Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 17, p. 256.

[2] Limoges, 13 juillet 1878, Sirey, 78, II, 269, et Dalloz, 79, II, 181.

Digitized by Google

plus, le motif d'ordre public qui a fait fixer un minimum réglementaire de dot par l'administration de la guerre, dans l'intérêt de la dignité de l'armée.

**237.** — Comme conséquence du principe que nous venons de poser, le mari ne peut ni renoncer à exiger la dot qui lui a été promise par le contrat de mariage,[1] ni renoncer à demander les intérêts de cette dot depuis le jour du mariage, si le contrat n'indique pas un autre point de départ,[2] ni même accorder au débiteur de la dot un délai pour le paiement, délai différent de celui fixé au contrat, par exemple consentir à n'exiger qu'au décès du donateur une dot qui était payable immédiatement.[3]

**238.** — Nous devons faire ici la distinction dont nous parlions tout à l'heure entre les renonciations abdicatives, et les renonciations translatives que consentiraient les époux : ils ne peuvent renoncer d'une façon abdicative, dans l'intérêt du tiers donateur, aux libéralités qui leur ont été consenties, car ce serait porter une atteinte à leurs conventions matrimoniales ;[4] mais ils ont le droit de disposer des choses qui leur ont été données, et, à ce titre, ils peuvent y renoncer dans l'intérêt de leurs enfants.[5]

[1] Rennes, 1er mars 1849, Sirey, 49, II, 602, et Dalloz, 51, II, 238.

[2] Pau, 9 janvier 1838, Sirey, 39, II, 339 ; *Arrêt précité* de Rennes du 1er mars 1849.

[3] Rouen, 22 juillet 1863, Sirey, 64, II, 108; Cassation, 4 décembre 1867, Sirey, 68, I, 153, et Dalloz, 67, I, 455.

[4] Cassation, 29 juillet 1818, Sirey, C. N., V, I, 511 ; Cassation, 28 mars 1866, Sirey, 66, I, 217 ; Cassation, 26 mars 1867, Sirey, 67, I, 215. — Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 22, p. 257.

[5] *Suprà*, Tome, I, n° 235.

Digitized by Google

## § II

*Actes permis comme ne dérogeant pas aux conventions matrimoniales.*

**239.** — Les différents actes permis, malgré la prohibition de l'article 1395, peuvent être distribués en cinq catégories :

*a. — Les époux peuvent recevoir des donations nouvelles.*

*b. — La dot peut être payée autrement que de la manière prévue au contrat.*

*c. — Les époux peuvent disposer de la dot.*

*d. — Ils peuvent faire des conventions interprétatives du contrat de mariage.*

*e. — La constitution de dot peut être annulée ou le chiffre de la dot diminué.*

**240.** — *a. Les époux peuvent recevoir des donations nouvelles.* — Les personnes mariées sont capables de recevoir comme si elles n'étaient pas mariées, et les donations nouvelles qui leur sont faites pendant le mariage améliorent leur situation, sans modifier leurs conventions matrimoniales.

Les époux, ou l'un d'eux, peuvent donc recevoir des donations de la part d'étrangers qui n'ont pas figuré au contrat de mariage ; ils peuvent même en recevoir de la part d'un donateur qui aurait figuré au contrat, et qui ferait en leur faveur un supplément de donation, qui, par exemple, leur donnerait pour le paiement de la dot des garanties que le contrat de mariage ne stipulait pas, ou s'obligerait à leur payer des intérêts, alors que la dot primitivement constituée n'en était pas productive.[1]

[1] Cassation, 1er juin 1814, Sirey, C. N., IV, I, 574; Paris, 15 juillet 1825, Sirey, C. N., VIII, II, 114; Bordeaux, 29 mars 1851, Dalloz,

Digitized by Google

Remarquons seulement que ces libéralités nouvelles, précisément parce qu'elles sont postérieures au mariage et indépendantes des donations contractuelles, ne jouissent, ni en la forme, ni au fond, des immunités accordées aux donations faites par contrat de mariage : ainsi elles ne pourront porter que sur des biens présents, et, si elles sont faites à une femme dotale, les biens donnés ne seront pas de plein droit dotaux, l'article 1541 n'étant écrit que pour les donations faites par contrat.

**241.** — Ces donations nouvelles, que l'on peut faire aux époux, ne sont pas nécessairement soumises au régime adopté par les époux pour les biens qu'ils ont apportés en mariage : le contrat de mariage lie les époux, mais non les futurs donateurs. Ceux-ci pourraient ne pas donner du tout, ils peuvent donc donner sous des conditions différentes de celles que les époux ont prévues pour les biens à eux appartenant.

Ainsi les époux ont adopté le régime de la communauté légale : on peut, malgré ce régime, donner pendant le mariage à l'un des époux les objets mobiliers sous la condition que ces meubles lui resteront propres. C'est la décision formelle de l'article 1401, qui nous fournit ainsi une application exacte du principe que les conventions matrimoniales ne lient pas les tiers donateurs. Observons toutefois que cette clause ne peut s'appliquer à la réserve.[1]

A l'inverse, si une femme est mariée sous le régime dotal, avec constitution en dot de tous ses biens présents et à venir, un donateur peut imposer comme condition que les biens qu'il lui donne ne seront pas inaliénables.[2] On a objecté, il est vrai, que la constitution de dot est d'ordre public,

52, II, 111 ; Bordeaux, 30 mai 1859, Dalloz, 59, II, 188 ; Cour de Cassation de Rome, 6 juillet 1882, Sirey, 83, IV, 7. — Laurent, XXI, n° 74.

[1] Cassation, 6 mai 1885, *France Judiciaire*, 85-86, p. 404.

[2] Rouen, 7 février 1844, Sirey, 45, II, 78. — Laurent, XXI, n° 75.



Digitized by Google

et qu'elle ne peut recevoir d'atteinte de la part des tiers.[1] L'objection est exacte comme formule, mais l'application que l'on veut en faire est erronée : sans doute, les tiers ne peuvent porter atteinte à la dot, mais le tiers qui aurait pu ne rien donner, et qui donne un bien qu'il déclare aliénable, n'entame pas la dot, il enrichit la femme par une stipulation qui est en dehors de la dot.

Mais si une femme était mariée sous le régime de la communauté, nous ne croyons pas qu'un tiers puisse lui faire une donation, en stipulant que les biens qu'il donne seront inaliénables, comme sous le régime dotal. Le motif en est que l'inaliénabilité ne peut exister que dans les cas où le législateur l'autorise : il permet aux époux de rendre les biens de la femme inaliénables en adoptant le régime dotal, mais il n'autorise pas les tiers à stipuler après coup une dotalité qui n'est point écrite dans le contrat de mariage.[2]

**242.** — *b. La dot peut être payée autrement que de la manière prévue au contrat.* — Ce principe important reçoit de fréquentes applications : voici comment il se justifie. Du moment où la valeur de la dot reste la même, le changement dans le mode de paiement ne modifie pas les conventions matrimoniales : c'est bien la dot promise qui est payée, et la substitution d'un objet à l'autre n'est qu'un changement dans l'exécution de l'obligation, laquelle est respectée. Ajoutons que ce changement dans le mode de paiement peut être fort utile aux époux.

C'est ainsi que la dot peut être payée par anticipation : ce changement, qui ne nuit qu'au constituant, pourrait même être considéré comme une augmentation de la dot, car c'est payer plus que de payer plus tôt, et, à ce point de vue encore il devrait être regardé comme valable.[3]

[1] Nîmes, 18 janvier 1830, Sirey, C. N., IX, II, 379.
[2] Caen, 18 décembre 1849, Dalloz, 51, II, 233.
[3] Cassation, 22 août 1865, Sirey, 66, I, 437, et Dalloz, 67, I, 181; Cassation, 28 janvier 1879, Dalloz, 79, I, 83.

Digitized by Google

C'est ainsi encore que la dot pourra être payée en valeurs autres que celles qui ont été promises, que l'on pourra, par exemple, substituer un capital à la pension stipulée comme dot dans le contrat de mariage, ou donner en paiement un immeuble au lieu d'une somme d'argent, ou encore charger les conventions relatives à la vie commune avec les parents de l'un des époux.[1]

Toutefois ce principe n'est pas applicable, comme nous le verrons, sous le régime dotal, où la dot ne peut être transformée pendant le mariage.

**243.** — M. Laurent,[2] qui admet bien que la dot peut être payée en valeurs différentes de celles indiquées au contrat, lorsque ce changement rentrait dans les prévisions des parties contractantes, pense au contraire que si ce changement n'a pas été prévu lors du contrat, il ne doit pas être autorisé : tout changement, dit-il, si léger qu'il soit, constitue une dérogation aux conventions matrimoniales. De plus, en fait, le changement dans le mode de paiement peut être chose grave pour les époux, et il importe de ne pas ouvrir la porte à de telles modifications, parfois dommageables, et qui jetteraient dans la famille des semences de division et de discorde.

Cette théorie nous paraît trop rigoureuse.

Sans doute, si le changement dans le mode de paiement constitue en réalité une modification de la dot, il tombera sous le coup de la prohibition de l'article 1395. Ainsi nous approuvons tout à fait la théorie d'un arrêt de Bastia, qui a jugé qu'après avoir stipulé dans le contrat qu'un immeu-

[1] Cassation, 2 mars 1825, Sirey, C. N., VIII, I, 64; Bordeaux, 26 juillet 1838, Sirey, 39, II, 51; Cassation, 4 août 1852, Sirey, 52, I, 631, et Dalloz, 52, I, 193; Aix, 19 avril 1872, Sirey, 74, II, 10, et Dalloz, 73, II, 239; Cassation, 8 décembre 1874, Sirey, 75, I, 209, et Dalloz, 75, I, 33; Paris, 4 mars 1879, Sirey, 79, II, 172, et Dalloz, 80, II, 228. — Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 27, p. 259.

[2] XXI, n° 85.

Digitized by Google

ble désigné serait pris par l'époux doté pour une valeur fixe, les époux ne pouvaient consentir pendant le mariage à ce que l'immeuble fût donné d'après sa valeur à fixer par experts : ce n'est plus là un simple changement dans le mode de paiement, c'est une véritable modification apportée à la constitution dotale.

Mais, s'il n'y a de changement que dans le mode de paiement, nous croyons que cette modification est très licite. Nous en trouvons la preuve, d'abord, dans l'article 1406, qui prévoit la cession d'un immeuble par le père, la mère ou un autre ascendant à l'un des époux « pour le remplir de ce « qu'il lui doit » ; il nous semble que ce texte consacre formellement, dans notre matière, la légitimité de la dation en paiement.

Nous ajoutons qu'il faut distinguer, dans la constitution de dot, la dot en elle-même, qui ne peut être modifiée, et le paiement de la dot, l'exécution des obligations des constituants, que les constituants et les époux d'accord sont libres de réglementer. Il peut y avoir des inconvénients dans ces changements, mais ils seront moindres que l'interdiction absolue de tout changement, alors que toutes les parties, le constituant comme les époux dotés, peuvent y trouver avantage.

**244.** — *c. Les époux peuvent disposer de la dot.* — Disposer de la dot, ce n'est point modifier les conventions matrimoniales, c'est user du droit de propriété qui appartient aux époux sur leur dot, suivant les régimes, comme sur tout autre bien qui est dans notre patrimoine.

C'est à ce droit de disposition que se rattache la distinction que nous avons proposée[1] entre les renonciations abdicatives à la dot, défendues aux époux, et les renonciations translatives qui leur sont permises, comme constituant un mode de disposition de la dot.

C'est à ce titre encore que les époux peuvent disposer par

[1] *Suprà*, Tome I, nos 235 et 238.

Digitized by Google

testament soit au profit d'étrangers, soit au profit l'un de l'autre, des biens qui leur ont été donnés par le contrat de mariage, à la condition toutefois que cette disposition testamentaire ne fasse pas échec aux stipulations du contrat de mariage, et, par exemple, n'enlève pas au survivant des époux les droits qui lui étaient assurés par le contrat.[1]

La jurisprudence fournit une application intéressante de ce principe :[2] deux époux sont mariés sous le régime dotal avec société d'acquêts, et avec stipulation que la société d'acquêts appartiendra au survivant : les deux époux peuvent-ils donner entre vifs à un tiers, ou aux enfants communs, des immeubles dépendant de cette société ? Oui, a répondu avec raison la Cour de Cassation, car cette donation laisse entière la clause écrite dans le contrat de mariage au profit du survivant : seulement cette donation sera réputée faite par le survivant des deux époux, car, par l'effet de la clause du contrat, le prémourant est réputé n'avoir jamais eu de droits sur les biens donnés.

C'est ainsi encore que toutes les conventions à titre onéreux, que les époux peuvent passer avec des tiers à propos de la dot, sont valables, si d'ailleurs le régime adopté par eux n'y met pas un obstacle spécial. S'il en était autrement, les biens des époux seraient immobilisés dans leurs mains, et tel n'est pas le but de l'article 1395 : ce texte s'oppose à ce que les époux détruisent ce que le contrat de mariage a décidé, mais non à ce qu'ils administrent et à ce qu'ils aliènent des choses données par ce contrat.[3]

**245.** — *d. Les époux peuvent faire des conventions interprétatives du contrat de mariage.* — Interpréter un acte, en éclaircir les parties obscures par une rédaction plus claire, ce n'est pas non plus le modifier : aussi s'accorde-t-on à

[1] Bruxelles, 25 novembre 1811, Sirey, C. N., III, II, 581 ; Cassation, 27 mai 1817, Sirey, C. N., V, II, 322. — Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 28, p. 259; Laurent, XXI, n° 88.

[2] Cassation, 31 juillet 1867, Sirey, 68, I, 36.

[3] Laurent, XXI, n° 71.

Digitized by Google

reconnaître que les actes simplement interprétatifs d'un contrat de mariage sont valables.

Mais il importe d'examiner si, sous prétexte d'interprétation, les parties n'ont pas fait en réalité une œuvre nouvelle, destinée à modifier quelque chose au contrat primitif. En cela comme en toute matière, il faudra rechercher non pas la qualification que les parties ont donnée à l'acte nouveau, mais la véritable portée de cet acte ; et, s'il renferme une modification au contrat de mariage, il devra être annulé malgré son intitulé.[1]

**246.** — *e. La constitution de dot peut être annulée, ou le chiffre de la dot diminué.* — La constitution de dot peut être annulée, en premier lieu, si elle est faite en fraude des droits des créanciers du constituant. Seulement, comme nous l'avons vu,[2] c'est une question très discutée que de savoir à quelles conditions la révocation de la dot pourra être ainsi obtenue ; mais, quant au principe que la dot peut être révoquée pour cause de fraude, il est accepté par tout le monde.

**247.** — Les stipulations du contrat de mariage peuvent encore être attaquées pour cause de simulation, sans qu'il y ait aucun échec apporté au principe de leur irrévocabilité : ainsi la quittance donnée par le contrat de mariage, et la reconnaissance de dot ou d'apport qu'il contient peuvent être annulées pour cause de simulation, sur la demande des parties intéressées.[3] Le principe de l'irrévocabilité n'est pas en jeu, par le motif que les conventions matrimoniales

[1] Dijon, 17 juillet 1816, Sirey, C. N., V, II, 172 ; Pau, 9 janvier 1838, Sirey, 39, II, 339. — Rodière et Pont, I, n° 155 ; Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 9, p. 254-255 ; Laurent, XXI, n° 70.

[2] *Suprà*, Tome I, n° 136.

[3] Cassation, 5 janvier 1831, Sirey, 31, I, 8 ; Cassation, 31 juillet 1833, Sirey, 33, I, 840 ; Toulouse, 15 mars 1834, Sirey, 34, II, 537 ; Cassation, 2 mars 1852, Sirey, 52, I, 262 ; Paris, 24 février 1865, Sirey, 66, II, 144. — Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 29, p. 259. — *Voir* en outre les autorités citées, *infrà*, n°s 292-293.

Digitized by Google

ne sont pas modifiées, mais que l'on constate seulement que l'acte qui les contient renfermait des énonciations fausses.

**248.** — La dot peut être diminuée, malgré le principe de l'irrévocabilité, si le constituant se trouve dans le besoin et devient en situation de réclamer des aliments à l'époux doté.[1] En pareil cas, il y aura sans doute une atteinte portée aux stipulations du contrat de mariage, mais en vertu d'un principe supérieur à l'irrévocabilité du contrat de mariage, le principe de l'obligation alimentaire : ce principe « puisé « dans le droit naturel et établi dans le droit civil, » comme le dit très bien un arrêt de la Cour de Bordeaux, ne peut être anéanti par la constitution d'une dot. Par suite, si la dot consiste dans une pension, le chiffre de la pension dotale sera réduit dans la mesure de la dette alimentaire, dont l'époux doté est tenu vis-à-vis du constituant.[2]

[1] *Suprà*, Tome I, n° 158.
[2] Bordeaux, 24 avril 1845, Dalloz, 45, IV, 20.

Digitized by Google

## SECTION III

*Des changements qui peuvent être apportés aux conventions matrimoniales, dans l'intervalle de la rédaction du contrat de mariage au mariage.*

**249.** — Dans l'intervalle qui s'écoule entre la rédaction du contrat de mariage et la célébration du mariage, les changements au contrat ne sont pas prohibés, comme ils le sont une fois le mariage célébré. C'est que, tant que le mariage n'est pas célébré, les parties conservent leur indépendance, et elles doivent par suite conserver le droit de modifier les conventions qu'elles avaient d'abord arrêtées.

Toutefois ces clauses modificatives sont soumises à des formalités spéciales, exigées par les articles 1396 et 1397, et dont nous allons indiquer les motifs.

L'origine de ces textes se trouve dans le droit coutumier, comme nous l'apprend Pothier :

« Quoique les futurs conjoints, dit-il, ne soient pas obli-
« gés d'appeler leurs parents à leur contrat de mariage,
« néanmoins, lorsqu'ils y ont fait assister leurs parents,
« ils ne peuvent plus, par d'autres actes, quoiqu'avant la
« célébration du mariage, faire de nouvelles conventions,
« à moins qu'ils n'y fassent pareillement assister leurs
« parents respectifs, qui ont assisté à leur contrat de ma-
« riage.

Digitized by Google

« Les coutumes de Paris, article 258, et d'Orléans, ar-
« ticle 223, en ont fait une disposition. Il y est dit : toutes
« *contre-lettres* faites à part, et hors la présence des pa-
« rents qui ont assisté aux contrats de mariage, sont
« nulles...

« La raison pour laquelle la coutume déclare nulles les
« contre-lettres, faites à part et hors de la présence des pa-
« rents qui ont assisté au contrat, s'aperçoit facilement.
« Quoique des conventions de mariage ne soient pas vi-
« cieuses par cela seul qu'elles ont été faites à l'insu des
« parents, néanmoins l'affectation marquée de ces con-
« joints de à cacher leurs parents et au public leurs conven-
« tions, en les faisant à part et par un acte séparé de leur
« contrat de mariage, fait regarder ces conventions comme
« des conventions dont les conjoints ont eu honte, et qui
« doivent pour cela être présumées avoir été dictées plutôt
« par la passion que par de justes motifs. C'est ce qui a
« porté la coutume à les déclarer nulles. »[1]

**250.** — Les articles 1396 et 1397 ne se bornent pas à exiger, comme notre ancien droit coutumier, que les changements apportés aux conventions matrimoniales soient faits en présence des personnes qui ont été parties au contrat de mariage : il faut encore que ces changements soient rédigés dans la même forme que le contrat de mariage. Cette exigence s'explique par les mêmes motifs qui ont fait admettre la nécessité d'un acte authentique pour le contrat de mariage lui-même : ces changements s'incorporent au contrat de mariage, qu'ils modifient *in parte qua*, ils doivent donc revêtir la même forme.

Voici comment le tribun Siméon, dans son discours au Corps législatif, justifiait nos deux textes ; après avoir donné les motifs de la règle qui prescrit l'authenticité pour les contrats de mariage, il ajoutait :

« Le même motif de sûreté réciproque (des époux et de

[1] *Introduction au traité de la communauté*, n° 13.

Digitized by Google

« leurs enfants), de celle de leurs parents et des tiers,
« écarte tous changements, dérogations ou contre-lettres
« aux conventions matrimoniales.

« On ne pourra y toucher qu'avant la célébration du ma-
« riage, du consentement et avec le concours de toutes les
« parties. Des amendements sont écrits à la suite de la mi-
« nute du contrat, pour ne faire qu'un corps avec elle,
« pour être insérés dans les expéditions qui en seront faites,
« sans pouvoir en être séparés, à peine de dommages et
« intérêts, et même de plus grande peine contre les no-
« taires qui les omettraient. »[1]

**251.** — Nous étudierons, à propos des changements apportés au contrat de mariage dans cet intervalle, les quatre points suivants :

§ I. — *A quelles conventions s'appliquent les articles 1396 et 1397.*

§ II. — *Quelles conditions sont requises pour que les contre-lettres soient valables entre les parties.*

§ III. — *Quelles conditions sont exigées pour qu'elles soient opposables aux tiers.*

§ IV. — *Quel est le sort des contre-lettres faites sans observer les formalités des articles 1396 et 1397.*

## § I

### *A quelles conventions s'appliquent les articles 1396 et 1397.*

**252.** — Ces conventions étaient désignées dans notre ancienne jurisprudence, comme elles le sont encore dans la pratique moderne, sous le nom de *contre-lettres :* on les

[1] Fenet, XIII, p. 810-811.

Digitized by Google

appelle ainsi parce qu'elles sont contraires à la teneur du contrat de mariage.

Ferrière nous en donne une bonne définition : « On ap-
« pelle ainsi, dit-il, toutes les conventions qui attaquent la
« substance ou teneur du contrat de mariage, qui en dé-
« truisent les clauses, qui les altèrent, les diminuent ou y
« dérogent. »[1]

MM. Rodière et Pont estiment qu'il faut faire une distinction entre le changement et la contre-lettre : le changement serait le genre, la contre-lettre l'espèce, et il faudrait réserver cette dernière appellation aux changements dont le résultat serait de diminuer, pour l'un des époux, les avantages du pacte primitif. Toutefois ils ajoutent que cette distinction est peu importante, car les changements, comme les contre-lettres, ne produisent d'effet qu'aux mêmes conditions.[2]

Nous proposons de rejeter cette distinction, qui ne nous paraît avoir aucune base solide : dans la matière du contrat de mariage, le mot contre-lettre a un sens spécial, et s'entend de tout changement aux conventions primitives. Déjà la définition de Ferrière l'indique suffisamment. Ce jurisconsulte ajoute dans le cours du même article : « Pour
« peu qu'un acte soit contraire aux conventions matrimo-
« niales, il est regardé comme une contre-lettre qui ne
« peut subsister. »

S'il restait un doute sur l'identité de signification des mots changement et contre-lettre dans notre matière, le texte de l'article 1396 le ferait disparaître : « Nul chan-
« gement *ou* contre-lettre n'est au surplus valable... »
Changement ou contre-lettre, c'est donc ici la même chose.

**253.** — Pour savoir si la convention nouvelle constitue

[1] DICTIONNAIRE DE DROIT ET DE PRATIQUE, V° *Contre-lettres en fait de contrat de mariage.*

[2] I, n° 153.

Digitized by Google

un changement ou contre-lettre, il faut donc la rapprocher du contrat primitif, et voir si elle y porte une atteinte quelconque : si oui, c'est une contre-lettre. Mais si ce contrat nouveau est étranger aux conventions matrimoniales proprement dites, il n'est point une contre-lettre.

Ces principes conduisent au rapprochement que voici : tous les actes que les époux pourraient faire pendant le mariage, malgré la règle de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales, ne seront pas considérés comme des contre-lettres, s'ils sont faits dans l'intervalle du contrat de mariage au mariage. L'idée est la même dans les deux hypothèses : on ne peut pas changer du tout les conventions matrimoniales après le mariage, et on ne peut les changer, dans l'intervalle du contrat de mariage au mariage, qu'en observant certaines formalités.

**254.** — Par suite de cette analogie, et par les motifs que nous avons indiqués dans la Section III, § II, *Actes permis comme ne dérogeant pas aux conventions matrimoniales*, il faut décider que les futurs époux peuvent recevoir des donations nouvelles de la part de tiers donateurs, pourvu que ces donations soient d'ailleurs valables comme telles.

Cette solution avait été admise dans notre ancien droit : « sur le fondement, dit Ferrière, que cet acte n'était pas « une contre-lettre, puisqu'elle n'était pas contre le con- « trat de mariage, mais une nouvelle promesse et une « augmentation de la dot... constituée... par le contrat de « mariage... »[1]

De même les conventions simplement interprétatives du contrat primitif ne sont point des contre-lettres, et peuvent être passées n'importe en quelle forme : « A l'égard des « actes qui ne seraient qu'explicatifs de quelqu'une des « conventions portées au contrat de mariage, et qui ne

[1] DICTIONNAIRE DE DROIT ET DE PRATIQUE, V° *Contre-lettres en fait de contrat de mariage.*

Digitized by Google

« contiendraient rien de nouveau, ils ne peuvent pas pas-
« ser pour contre-lettres, et rien n'empêche qu'ils ne soient
« valables. »[1]

Il faudrait encore considérer comme valables, quelle qu'en soit la forme, les actes par lesquels, sans modifier la valeur de la dot constituée dans le contrat primitif, les futurs époux changeraient le mode de paiement, en convenant, par exemple, que la dot serait payée en immeubles au lieu d'être payée en une somme d'argent.[2]

**255.** — A l'inverse, toute clause nouvelle qui serait de nature à changer la position des futurs époux telle que le contrat de mariage l'aura organisée, soit entre eux, soit à l'égard des tiers, devra être faite en la forme indiquée dans nos textes pour les contre-lettres.

C'est ainsi que toute remise de dot, qui serait consentie par l'un des futurs époux, devra être annulée, si elle n'était pas faite dans la forme solennelle des articles 1396 et 1397 : « On regarde encore comme contre-lettre, disait « Roussilhe, les avantages indirects faits par l'un des fu- « turs conjoints à quelqu'un des parents de l'autre, quoique « parties au contrat ; comme si le futur époux a fait une « quittance à son beau-père de la dot ou de partie de la « dot, sans l'avoir reçue. Une pareille quittance est nulle, « et le gendre est fondé à demander la dot. Ainsi jugé par « arrêt du 23 août 1665, rapporté au Tome II du *Journal* « *des Audiences.* »[3]

**255.** 1. — On devrait encore considérer comme un acte modificatif du contrat de mariage, nul s'il n'est pas fait en la forme prescrite par les articles 1396 et 1397, celui par lequel la femme, qui s'est constitué en dot une maison ou un autre immeuble, reconnaît qu'elle n'a droit qu'à une somme déterminée à prendre en cas de vente de cette maison.

[1] *Introduction au traité de la communauté,* n° 14.
[2] Cassation, 4 août 1852, Sirey, 52, I, 691, et Dalloz, 52, I, 193.
[3] *Traité de la dot,* édition Sacaze, n° 81.

Digitized by Google

Les droits qu'une pareille déclaration reconnaît, au profit d'un tiers à une partie du prix de la maison apportée en dot, modifient la constitution dotale : cette déclaration amoindrit la dot, elle déroge donc aux conventions matrimoniales.[1]

**256.** — C'est ainsi encore que si, après avoir adopté un régime où chaque époux conserve des biens propres, comme le régime de la société d'acquêts, et après avoir déterminé par le contrat les apports de chacun, l'un des futurs époux vendait à l'autre, avant le mariage, un bien par lui apporté, cette vente serait nulle si les formalités des contre-lettres n'étaient pas observées : cette vente modifie les conventions matrimoniales, puisqu'elle change l'étendue des apports de l'un des époux.[2]

Par le même motif, les donations que les futurs époux se font dans l'intervalle du contrat de mariage au mariage doivent être considérées comme des contre-lettres. C'était la solution de notre ancien droit : « On regarde comme « contre-lettre, disait Pothier, les donations faites depuis « le contrat de mariage, dans le temps intermédiaire, hors « de la présence des parents. »[3]

M. Toullier[4] a fait, il est vrai, une objection contre cette solution : puisqu'il est permis aujourd'hui aux époux de se faire des donations pendant le mariage, dit-il, il doit leur être permis de s'en faire avant le mariage.

L'argument n'est pas bon, car les donations faites entre époux pendant le mariage sont toujours révocables, tandis que les donations que se feraient les futurs époux seraient irrévocables. Ajoutons que c'est surtout pour les donations que se feraient les futurs époux que la présence des pa-

[1] Limoges, 26 juin 1884, *France judiciaire*, 84-85, p. 22.

[2] Cassation, 31 janvier 1837, Sirey, 37, I, 533; Agen, 17 août 1837, Sirey, 38, II, 122. — *Voir* les auteurs cités *infrà*, à propos des donations.

[3] *Introduction au traité de la communauté*, n° 14.

[4] XII, n° 58.

Digitized by Google

rents est utile, pour empêcher, comme le dit Ferrière, les effets de la passion aveugle des jeunes gens, qui est capable de les engager à promettre tout, et à rendre inutile la prévoyance de leurs parents.[1]

**257.** — Faut-il aller plus loin, et décider, avec Pothier[2] et un arrêt du Parlement du 19 février 1716, que les donations entre futurs époux faites non pas après, mais peu de jours avant le contrat de mariage sont nulles, si l'on n'a pas suivi la forme des contre-lettres ?

Oui, d'après certains auteurs. Si cette doctrine n'est pas dans le texte du Code, dit-on, elle est dans son esprit, et on ne saurait la repousser sans rendre très faciles des abus que la loi moderne a voulu proscrire, comme le faisait la loi ancienne. Il suffirait de faire avant le contrat ce que l'on ne pourrait pas faire après. Toutefois on ajoute que ce sera surtout une question de fait, et que les tribunaux devront rechercher l'intention des parties, et examiner notamment le temps plus ou moins long qui s'est écoulé entre la donation et le contrat de mariage.[3]

Cette opinion nous paraît inadmissible. Les incapacités sont de droit étroit, et comme les articles 1396 et 1397 ne soumettent à des règles spéciales que les conventions postérieures au contrat de mariage, il nous semble impossible d'étendre ces textes à une hypothèse qu'ils n'ont pas prévue, celle de conventions antérieures au contrat. D'ailleurs, dans cette voie arbitraire, où s'arrêterait-on, et combien de temps faudrait-il pour que les conventions antérieures au contrat fussent respectées ?

[1] DICTIONNAIRE DE DROIT ET DE PRATIQUE, V° *Contre-lettres en fait de contrat de mariage*. — *Sic* Cassation, 23 juin 1813, Sirey, C. N., IV, I, 380. — Troplong, I, n°s 240-242 ; Rodière et Pont, I, n° 156 ; Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 42, p. 264 ; Laurent, XXI, n° 90.

[2] *Introduction au traité de la communauté*, n° 14.

[3] Taulier, V, p. 31 ; Sébire et Carteret, ENCYCLOPÉDIE DU DROIT, V° *Contrat de mariage*, n° 77.

Digitized by Google

Nous croyons donc qu'il faut poser en principe que les formalités des contre-lettres ne sont point applicables aux donations antérieures au contrat. Mais comme la fraude fait exception à toutes les règles, s'il est établi que la donation faite avant le contrat, la veille, par exemple, est le résultat d'un concert frauduleux destiné à soustraire cette libéralité au contrôle des parents, nous croyons qu'on pourra l'annuler, quoique antérieure au contrat de mariage, en décidant qu'elle est en réalité une convention de mariage, frauduleusement soustraite à l'examen des parents qui devaient assister les futurs époux.

## § II

### *Conditions requises pour que les contre-lettres soient valables entre les parties.*

**258.** — L'article 1396 est ainsi conçu : « Les changements... doivent être constatés par acte passé dans la « même forme que le contrat de mariage. Nul changement « ou contre-lettre n'est au surplus valable sans la présence « et le consentement simultané de toutes les personnes qui « ont été parties dans le contrat de mariage. »

Il résulte de ce texte que deux conditions sont requises pour que les changements soient valables entre les parties. Il faut :

1° Que ces changements soient constatés dans la même forme que le contrat de mariage ;

2° Que ces changements soient faits en la présence, et du consentement simultané, de toutes les personnes qui ont été parties au contrat.

**259.** — La première condition de validité, c'est que la contre-lettre soit constatée dans la même forme que le contrat de mariage, c'est-à-dire dans un acte notarié, en mi-

Digitized by Google

nute. Nous en avons indiqué le motif : la contre-lettre est destinée à s'incorporer au contrat de mariage qu'elle modifie, elle doit donc être revêtue de la même forme. A quoi servirait en effet d'exiger des formes solennelles pour le contrat de mariage, si on pouvait, le lendemain, en détruire les effets et modifier les conventions matrimoniales par un acte sous seing privé ?

**260.** — La seconde condition, c'est la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties au contrat de mariage. Le motif de cette exigence a été indiqué plus haut :[1] l'intervention des parents dans le contrat de mariage est une garantie contre les entraînements de la passion et contre l'inexpérience des futurs époux, et une fois le contrat de mariage arrêté avec leur concours, on ne peut plus le modifier sans eux. Ajoutons, s'il s'agit de parents qui devaient habiliter un époux incapable de faire seul son contrat de mariage, ou de donateurs, qu'ils n'ont consenti au contrat de mariage ou donné qu'en vue du régime adopté, ou en vue des apports constatés par le contrat, ou des libéralités réciproques que se faisaient les futurs époux ; et on ne peut toucher arrière d'eux à l'une des clauses de ce contrat, où tout se tient.[2]

Pour étudier cette condition, nous devons examiner deux choses : la première, ce qu'il faut entendre par personnes ayant été parties au contrat de mariage ; la seconde, dans quelle mesure ces personnes doivent intervenir à la rédaction de la contre-lettre.

**261.** — Recherchons, d'abord, quelles personnes, sont parties au contrat de mariage.

Ecartons de suite un certain nombre de personnes, pour lesquelles il ne peut y avoir de controverse.

Il est certain qu'il faut considérer comme ayant la qua-

[1] *Suprà*, Tome I, nos 249-250.
[2] *Voir* Laurent, XXI, n° 93.



Digitized by Google

lité de parties les futurs époux eux-mêmes ; les personnes dont le consentement était nécessaire pour le contrat de mariage, comme le père ou la mère de l'époux mineur de vingt et un ans, ou le conseil judiciaire de l'époux prodigue ; enfin les personnes, parentes et étrangères, qui sont intervenues au contrat primitif pour faire des donations aux futurs époux ou à l'un d'eux, ou pour y prendre un engagement quelconque, par exemple cautionner le paiement de la dot.

Ces trois catégories de personnes sont, disons-nous, incontestablement parties au contrat, puisqu'elles y prennent des engagements, comme les futurs époux ou les donateurs, ou y donnent une assistance sans laquelle le contrat ne serait pas valable, comme les parents de l'époux mineur de vingt et un ans.[1]

**262.** — A l'inverse, il ne faut pas considérer comme parties les parents collatéraux, ou les ascendants d'un futur époux majeur, qu'on a fait figurer au contrat *honoris causâ*.[2] Ne sont pas non plus parties les personnes qui n'interviennent que dans un but étranger aux conventions matrimoniales proprement dites, par exemple le débiteur de la future épouse ou d'un donateur, qui interviendrait au contrat pour accepter le transport de la créance apportée par la femme au mari, ou de la créance donnée par le constituant aux futurs époux.

**263.** — Faut-il ranger parmi les parties, dont la présence est indispensable à la contre-lettre, les père, mère, ou autres ascendants dont le consentement était nécessaire pour le mariage, mais dont l'assistance était inutile pour le contrat de mariage ? Ainsi un futur époux, âgé de plus

[1] *Discussion au Conseil d'Etat*, Fenet, XIII, p. 547-548. — Aubry et Rau, V, 503 *bis*, texte et note 30, p. 260; Colmet de Santerre, VI, n° 12 *bis* III; Laurent, XXI, n° 95.

[2] *Discussion au Conseil d'Etat*, Fenet, XIII, p. 547-548. — Rodière et Pont, I, n° 157; Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 31 ; Colmet de Santerre, VI, n° 12 *bis* III; Laurent, XXI, n° 96.

Digitized by Google

de vingt et un ans et de moins de vingt-cinq, a fait son contrat de mariage avec l'assistance de son père, dont le consentement était nécessaire pour son mariage : pourra-t-il faire une contre-lettre sans l'y appeler ?

Non, d'après une première opinion :[1] le motif que l'on en donne, c'est que le père ou l'ascendant n'a peut-être consenti au mariage qu'à raison de l'adoption des conventions matrimoniales auxquelles il a figuré. S'il avait connu la modification projetée, il pouvait refuser son consentement au mariage, et sa résistance était de nature à éclairer le futur époux ; tandis que, si les changements peuvent être faits arrière de lui, l'époux sera privé de la protection que la loi voulait lui assurer.

Nous croyons, au contraire, que les père et mère, ou autres ascendants, dont l'assistance au contrat de mariage n'est pas nécessaire, ne doivent pas être considérés comme parties à ce contrat. Ils n'y interviennent pas en effet pour consentir à ces conventions, qui peuvent se faire sans eux, et leur présence ne suffit pas pour leur donner dans ce contrat un rôle actif ; ils n'y sont donc pas parties, dans le sens juridique du mot.

Sans doute, l'opinion que nous combattons a raison de dire qu'en fait, l'ascendant n'a peut-être consenti au mariage qu'à raison des stipulations du contrat de mariage auquel il a figuré. Mais on peut faire deux réponses à cette objection : la première, que le motif pour lequel l'ascendant a consenti au mariage ne peut changer son rôle dans le contrat de mariage, et lui donner la qualité de partie, alors que sa présence y est inutile ; la seconde, c'est que, comme le dit très bien M. Colmet de Santerre, l'ascendant peut éviter toute surprise en se faisant représenter la minute du contrat au moment de la célébration du mariage, et en refusant son consentement s'il découvre qu'il a été fait quelque changement.

[1] Montpellier, 8 février 1869, Sirey, 69, II, 49. — Duranton, XIV, n° 57 ; Marcadé, V, 1396, III ; Rodière et Pont, I, n° 158.

Digitized by Google

La solution que nous proposons, lorsque l'ascendant qui a figuré au contrat devait donner son consentement, doit être admise à plus forte raison si, le futur époux étant âgé de plus de vingt-cinq ans et de moins de trente, l'ascendant ne devait donner que son conseil pour le mariage.[1]

**264.** — Qu'arrivera-t-il si, dans l'intervalle du contrat de mariage à la rédaction de la contre-lettre, l'une des parties, ascendant ou donateur, vient à décéder, ou est rendue incapable de figurer à la contre-lettre, parce que son interdiction est prononcée ? Ou bien encore qu'arrivera-t-il si elle refuse son consentement à la contre-lettre ?

Distinguons, à ce point de vue, le rôle de l'ascendant, dont la présence était nécessaire pour la rédaction du contrat, du rôle du donateur.

S'il s'agit d'un ascendant, et qu'il décède ou devienne incapable de consentir, l'époux qui doit être assisté pour la rédaction de son contrat s'adressera à l'ascendant du degré subséquent, ou au conseil de famille, en un mot aux personnes qui devraient l'assister, s'il s'agissait de faire son contrat de mariage.

Si l'ascendant capable refuse son consentement au changement projeté, alors la contre-lettre qui serait faite sans ce consentement serait nulle, et nous examinerons les conséquences de cette nullité au § IV, *Du sort des contre-lettres faites sans observer les formalités prescrites par les articles 1396 et 1397.*

**265.** — S'il s'agit du donateur, et qu'il refuse son consentement à la contre-lettre, M. Laurent enseigne que la contre-lettre faite sans son concours sera complètement dépourvue d'effet, et que, si les futurs époux veulent changer leur contrat primitif, ils devront faire un nouveau contrat de mariage. Voici comment raisonne le savant juris-

[1] Troplong, I, n° 239; Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 32, p. 260; Colmet de Santerre, VI, n° 12 *bis* IV; Laurent, XXI, n° 96.

Digitized by Google

consulte : la loi dit que la contre-lettre n'est pas valable, si l'une des parties refuse son consentement, cela veut dire que le changement est nul, et que le premier contrat subsiste. Ce contrat primitif est maintenu tant qu'il n'est pas remplacé par un nouveau contrat, car une donation ne peut pas rester sans effet, par cela seul que les futurs époux font un changement contraire à la loi.[1]

Cette théorie nous paraît inadmissible. L'intervention d'un donateur dans un contrat de mariage ne peut, à notre avis, avoir d'influence sur le contrat tout entier, et produire ce résultat que le contrat serait maintenu, malgré la volonté des époux de le modifier. Un pareil résultat est inacceptable *à priori* : si le contrat est modifié malgré la volonté du donateur, on ne pourra pas réclamer la donation qu'il a faite ; telle est la sanction qui se présente naturellement à l'esprit.

Or l'article 1396 ne nous semble contredire en rien cette solution : le changement fait arrière du donateur ne sera pas valable, c'est-à-dire qu'il ne sera pas valable quant à la donation par lui faite. Le concours du donateur à la contre-lettre ne peut être demandé que par rapport à sa donation : son refus de concours ne peut donc influer que sur la donation, et non sur la contre-lettre, qui est valable à l'égard des autres parties.[2]

La même solution devrait être adoptée si le donateur décédait, ou devenait incapable de consentir : la contre-lettre serait valable, mais la donation contenue dans le contrat primitif nulle.

**266.** — Il ne suffit pas, pour la validité de la contre-lettre, que les personnes qui ont été parties au contrat primitif soient appelées à assister à la contre-lettre : si elles n'y viennent pas, bien qu'elles y aient été appelées, la contre-lettre est nulle comme si on ne les avait pas convoquées.

M. Toullier a, il est vrai, essayé de soutenir l'opinion

[1] XXI, n° 99.
[2] Colmet de Santerre, VI, n° XII *bis* III.

Digitized by Google

contraire :[1] mais son opinion a été généralement rejetée, et elle devait l'être par les deux motifs suivants. En premier lieu, le texte de l'article 1396 exige la « présence » des parties, et non pas seulement leur « convocation », ce qu'il aurait fallu dire dans le système opposé. En second lieu, ce que le législateur a voulu, c'est obtenir le consentement des parties au contrat nouveau, comme elles avaient consenti au contrat ancien : or ce consentement ne peut être obtenu que par leur présence.[2]

**267.** — Le législateur exige en outre, dans l'article 1396, que ce consentement soit « simultané » : le motif en est que les parties peuvent s'éclairer l'une l'autre, l'une d'elles apercevant dans la contre-lettre des inconvénients que l'autre n'y a pas vus.

La jurisprudence a appliqué avec raison cette exigence de la simultanéité aux futurs époux eux-mêmes ; lorsqu'ils ont été seuls parties au contrat de mariage, et qu'ils veulent le modifier, ils ne peuvent le faire que par un même acte.[3]

**268.** — Les parties peuvent-elles se faire représenter à la contre-lettre par un mandataire ? Non, dit M. Laurent : le but de la loi ne serait pas atteint, celui des deux époux qui voudrait obtenir un changement au contrat s'adresserait successivement à chacune des parties, et obtiendrait facilement leur procuration pour un mandataire unique. Par ce moyen on favoriserait la surprise et l'absence de discussion, et ce n'est pas ce que la loi a voulu.[4]

Nous ne contestons pas que le système de la représentation par un mandataire pourra ne pas atteindre le but de l'article 1396, mais il nous paraît impossible pourtant de ne pas l'autoriser. En droit français, la règle est qu'on peut

[1] XII, n° 59.

[2] Rodière et Pont, I, n° 157; Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 33, p. 261 ; Laurent, XXI, n° 97.

[3] Douai, 1er août 1854, Sirey, 54, II, 666, et Dalloz, 55, II, 3. — Laurent, XXI, n° 94.

[4] XXI, n° 98.

Digitized by Google

se faire représenter dans les actes juridiques, et il faut un texte, que nous n'avons pas ici, pour exiger que les parties comparaissent en personne.

S'il y a des inconvénients, ce que nous reconnaissons, combien ne sont-ils pas plus graves, par exemple, dans la réunion des conseils de famille, où l'article 412 l'autorise formellement, ce qui amène à composer les conseils dits de famille en grande partie d'étrangers, incapables d'exercer le rôle tutélaire qui est dans le vœu de la loi.

Tenons-nous-en donc au système général de notre loi sur la possibilité d'agir par mandataire.[1]

**269.** — Faut-il, pour que la contre-lettre soit valable, qu'elle contienne la mention formelle de la présence et du consentement simultané de toutes les parties, ou bien suffit-il que la contre-lettre soit faite en leur présence ?

La Cour de Montpellier a jugé que la contre-lettre devait, à peine de nullité, « constater la présence et le consente-« ment simultané des parties, d'après les termes mêmes de « l'article 1396 ».[2]

Nous trouvons cette exigence excessive. Le texte de l'article 1396 ne dit rien de pareil : « Nul changement n'est « valable sans la présence et le consentement simul-« tané... » Il suffit donc, d'après le texte, de la présence et du consentement des parties, et il n'est pas nécessaire que l'acte constate ce consentement. Au point de vue de la raison, cette exigence ne se conçoit pas mieux : lorsque l'acte portera, suivant la formule ordinaire « fait et arrêté « en la présence de... », présence constatée d'ailleurs par la signature des parties, cette présence n'implique-t-elle pas leur consentement à la modification projetée ? Pour notre part, nous le croyons ainsi, et il nous semble que rien n'autorise à exiger dans l'acte une mention expresse de leur consentement.

[1] Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte, p. 261.
[2] 8 février 1869, Sirey, 69, II, 51.

Digitized by Google

## § III

### *Conditions exigées pour que les contre-lettres soient opposables au tiers.*

**270.** — La contre-lettre, même rédigée en la forme authentique et en la présence des parties, n'est opposable aux tiers, d'après l'article 1397, que si elle est « rédigée à « la suite de la minute du contrat de mariage ». Sans cela en effet, si elle était rédigée par acte séparé, même authentique, elle pourrait être dissimulée par les époux aux tiers, qui traiteraient sur la foi du contrat de mariage primitif et seraient ainsi exposés à des fraudes.[1]

L'article ajoute une obligation spéciale pour le notaire : il ne pourra délivrer ni grosse, ni expéditions du contrat de mariage sans transcrire à la suite la contre-lettre.

Nous verrons bientôt, au § IV, quelles sont les conséquences soit de la rédaction de la contre-lettre par acte séparé, soit de la délivrance du contrat sans que la contre-lettre y soit jointe.

**271.** — Que faut-il entendre, en cette matière, par l'expression « tiers » ? Nous croyons, avec MM. Aubry et Rau, qu'il faut lui donner un sens très large, et y comprendre toutes les personnes qui traiteront, au cours du mariage, avec les futurs époux ou avec l'un d'eux, et auxquels la contre-lettre pourrait porter préjudice.

Avec cette acception, l'expression « tiers » comprendra :

1° Les acquéreurs d'immeubles appartenant à la femme, immeubles dont l'aliénation serait permise par le contrat primitif et défendue par la contre-lettre ;

2° Les créanciers ayant hypothèque sur des immeubles

[1] Cassation, 15 février 1847, Sirey, 47, I, 293, et Dalloz, 47, I, 53.

Digitized by Google

de la femme, susceptibles d'hypothèque par le contrat de mariage, et insusceptibles d'être hypothéqués d'après la contre-lettre ;

3° Les cessionnaires d'une somme promise en dot par le contrat, et réduite par la contre-lettre ;

4° Les créanciers simplement chirographaires qui auraient traité avec les époux ou avec l'un d'eux, sur la foi du contrat de mariage, et dont le gage se trouverait réduit par la contre-lettre, qui, par exemple, substituerait le régime dotal à celui de la communauté.[1]

Cette théorie est combattue par MM. Rodière et Pont, d'après lesquels on devra considérer comme tiers ceux-là seulement qui auront traité en vue de la clause du contrat détruite par la contre-lettre, et encore à la condition que cette clause ne fût pas de nature à être modifiée pendant le mariage.

Cette formule exclut de la catégorie des tiers les cessionnaires d'une créance diminuée par la contre-lettre, car, pendant le mariage, le mari peut toucher une partie de la somme promise par le contrat ; dès lors, le cessionnaire ne peut compter sur l'existence de la créance en vue de laquelle il traite, et il commet une imprudence s'il ne s'assure pas de cette existence au moment de la cession.

Elle exclut aussi les créanciers chirographaires, qui traitent en vue du patrimoine général des époux, et non de tel ou tel élément de ce patrimoine, que la contre-lettre fait disparaître.[2]

Cette théorie nous semble méconnaître la véritable portée de l'article 1397 : la contre-lettre paraît suspecte au législateur, elle éveille l'idée d'un moyen frauduleux employé pour tromper les tiers, elle ne peut donc être opposée à aucun de ceux auxquels elle peut causer préjudice.

[1] Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et notes 36 à 38, p. 261-263 ; Laurent, XXI, n° 104.

[2] Rodière et Pont, I, n° 162.

Digitized by Google

Sans doute, le paiement peut être opposé à un cessionnaire ; mais la contre-lettre n'est pas un paiement, elle est un moyen de faire disparaître la chose cédée, et l'article 1397 vient au secours du cessionnaire qui serait lésé par cette disparition.

De même, s'il est vrai de dire que les créanciers chirographaires, qui ont suivi la foi de leur débiteur, ne peuvent se plaindre de l'aliénation de tel ou tel bien déterminé, il ne s'ensuit nullement que la dissimulation, qui résulte du rapprochement du contrat de mariage et de la contre-lettre, leur soit opposable. Le gage général, que leur accorde l'article 2092, peut bien être diminué par des actes de disposition, mais non par des actes fictifs, et à ce titre justement suspects.

## § IV

*Quel est le sort des contre-lettres faites sans observer les formalités des articles 1396 et 1397.*

**272.** — Si la contre-lettre a été faite en la forme sous seing privé, elle est nulle, d'après l'article 1396 ; mais quel est le caractère de cette nullité ? On reconnaît que, pendant le mariage, la nullité est absolue, et ne peut être couverte par aucune ratification.[1]

Mais, après le mariage, une opinion soutient que la contre-lettre peut être ratifiée soit par confirmation expresse, soit par exécution volontaire.[2]

Cette thèse est analogue à celle que nous avons combattue à propos des dérogations apportées pendant le mariage aux conventions matrimoniales,[3] et à propos des nullités

[1] Bastia, 16 janvier 1856, Sirey, 56, II, 81, et Dalloz, 56, II, 58.
[2] Plasman, *Des Contre-lettres*, § 41 : Larombière, *Des Obligations*, IV, article 1338, n°s 21-23.
[3] *Suprà*, Tome I, n° 217.

Digitized by Google

de forme du contrat de mariage ; [1] et nous croyons, comme dans ces deux hypothèses, que la nullité conserve son caractère de nullité absolue après la discussion du mariage, et ne peut être confirmée à ce moment, pas plus qu'elle ne pourrait l'être pendant le mariage.

Pour le démontrer, rappelons d'abord les motifs d'ordre public pour lesquels la loi exige l'authenticité de la contre-lettre. Ces motifs sont bien indiqués par la Cour de Bastia : [2]

« Considérant que les contrats de mariage sont par leur « nature même des pactes de famille ; que leur caractère « essentiel est l'immutabilité ; que leurs dispositions prin- « cipales forment un tout indivisible ;

« Que les stipulations qui règlent le régime conjugal ne « constituent point d'une manière exclusive le contrat de « mariage ; que les dispositions relatives aux donations « faites aux époux, et celles qui règlent le mode de réali- « sation de ces libéralités, font partie intégrante du con- « trat de mariage, et sont placées sous la sauvegarde de « son immutabilité ;

« Considérant que toutes modifications aux pactes nup- « tiaux pendant la durée du mariage sont frappées de nul- « lité ; que les changements apportés aux conventions ma- « trimoniales avant la célébration du mariage participent « de la nature même du contrat de mariage ; qu'ils doivent « être constatés dans les mêmes formes et avec le con- « cours de toutes les personnes qui ont figuré au contrat « originaire ;

« Considérant que ce n'est qu'à ces seules conditions « que le législateur valide les contre-lettres aux contrats « de mariage, c'est-à-dire que la contre-lettre n'est recon- « nue valable que lorsqu'elle dépouille son caractère pro- « pre, pour revêtir celui du contrat solennel qu'elle a pour « objet de modifier ou de transformer. »

[1] *Suprà*, Tome I, n° 198.
[2] *Arrêt précité* du 16 janvier 1856.

Digitized by Google

Ainsi la contre-lettre se rattache au contrat de mariage, dont elle emprunte le caractère de contrat solennel : ajoutons que le motif des exigences de l'article 1396 est, comme nous l'avons vu, un motif d'ordre public, de même nature que les motifs de la solennité des contrats de mariage.

Nous ne pouvons donc admettre que la nullité de la contre-lettre, inspirée par des motifs d'ordre public, et ayant un caractère de nullité absolue pendant le mariage, devienne après le mariage une nullité relative, susceptible de ratification.[1]

**273.** — La même solution doit être admise si la contre-lettre a été faite en la forme solennelle, mais sans l'assistance des personnes qui devaient consentir aux conventions matrimoniales de l'un des époux incapables.

Mais si la contre-lettre est faite en la forme authentique, et avec l'assistance des personnes qui devaient assister l'époux incapable, nous avons vu que, dans l'opinion par nous adoptée, l'absence du donateur n'est point une cause de nullité de la contre-lettre : seulement la donation par lui faite dans le contrat de mariage primitif deviendra nulle.[2]

**274.** — Supposons maintenant que la contre-lettre soit faite en la forme authentique et en présence des personnes qui ont été parties au contrat, mais qu'elle n'ait pas été rédigée à la suite de la minute du contrat de mariage, comme l'exige l'article 1397 : elle ne sera pas opposable aux tiers, et nous avons dit ce qu'il fallait entendre par cette expression de tiers.[3]

Enfin, si la contre-lettre a été rédigée à la suite de la minute du contrat de mariage, mais que le notaire ait délivré des grosses ou expéditions sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre, la contre-lettre sera-t-elle néanmoins valable à l'égard des tiers ?

[1] *Sic*, Laurent, XXI, n° 101.
[2] *Suprà*, Tome I, n° 265.
[3] *Suprà*, Tome I, n° 271.

Digitized by Google

M. Toullier avait soutenu la négative;[1] mais son opinion est restée isolée. En effet, les deux paragraphes de l'article 1397 distinguent très clairement la contre-lettre qui n'est pas rédigée à la suite de la minute du contrat, et qui n'est pas opposable aux tiers, et la contre-lettre rédigée à la suite du contrat, mais que le notaire n'a pas délivrée avec le contrat; et l'article 1397 se borne, dans ce dernier cas, à proclamer la responsabilité du notaire. Cette solution est d'ailleurs très équitable, car, dans ce cas, les parties n'ont commis aucune faute, et le notaire seul est coupable de négligence.[2]

**275.** — Quelle est l'étendue de cette responsabilité du notaire? Le texte de l'article 1397 emploie la formule suivante: « A peine des dommages et intérêts des parties, et « sous plus grandes peines, s'il y a lieu. »

Il est certain, d'abord, que le notaire sera responsable du préjudice que la non-délivrance de la contre-lettre aura causé aux tiers, avec lesquels ont traité les époux.

Le texte emploie, à ce propos, une expression équivoque, « les dommages et intérêts des *parties* »: Que veut dire ce mot « parties? » Il signifie, d'abord, les personnes qui ont traité avec les époux, et auxquelles l'ignorance de la contre-lettre a causé préjudice, acquéreurs, cessionnaires, créanciers, etc... Mais nous croyons, avec M. Colmet de Santerre,[3] qu'il faut entendre par là les époux eux-mêmes, dans le cas assez rare où la non-délivrance de la contre-lettre leur causerait préjudice, comme si, par exemple, on jugeait qu'ils sont en faute de n'avoir pas aperçu l'omission du notaire, à raison de circonstances particulières, et qu'ils ne peuvent se prévaloir de la contre-lettre: en pareil cas le préjudice serait éprouvé par eux, et l'expression

[1] XII, n° 68.

[2] Troplong, I, n° 248; Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 39, p. 264; Colmet de Santerre, VI, n° 13 *bis* IV; Laurent, XXI, n° 105.

[3] VI, n° 13 *bis* IV et 13 *bis* V.

Digitized by Google

« parties » est assez large pour leur donner le droit d'agir contre le notaire.

Le texte ajoute : « Sous plus grande peine, s'il y a lieu. » Ces peines ne peuvent être que les peines disciplinaires de la loi du 25 ventôse de l'an XI, et non la peine du faux ; l'omission du notaire, fût-elle frauduleuse, ne suffit pas à elle seule pour constituer le crime de faux.[1]

[1] Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte et note 40; Laurent, XXI, n° 105. — *Contrà*, Troplong, I, n° 249.

Digitized by Google

## SECTION IV

*De la caducité des contrats de mariage.*

**276.** — Le contrat de mariage est destiné à régir les intérêts pécuniaires des époux pendant le mariage : il devient donc caduc si le mariage n'a pas lieu. C'est ce que l'article 1088 dit des donations en faveur de mariage, et il faut le dire de toute convention matrimoniale : elle est subordonnée au mariage, et n'acquiert d'existence juridique que par la célébration du mariage.

Il ne faut pas en conclure que le contrat de mariage soit un contrat conditionnel, dans le sens juridique du mot condition. MM. Aubry et Rau ont très bien montré la différence qui sépare ces deux situations :

« Il est, disent-ils, des conventions ou dispositions qui, « d'après leur nature ou leur objet, supposent nécessaire- « ment l'existence ou la réalisation extérieure de certains « faits. Ces faits ne constituent pas de véritables conditions, « alors même qu'ils ont été expressément indiqués comme « tels. C'est ainsi que la clause... par laquelle les parties, « figurant dans un contrat de mariage, en auraient fait dé- « pendre l'effet de la célébration du mariage projeté, ne « formerait pas une véritable condition. »[1]

Nous verrons que ce n'est pas là seulement une question

[1] IV, § 302, 1°, texte et note 2, p. 60.

Digitized by Google

de mots, et que la confusion faite entre le caractère subordonné du contrat de mariage, et la condition véritable, a amené de regrettables conséquences.

Le caractère éventuel des conventions matrimoniales a été reconnu par l'administration de l'enregistrement : une décision du 3 septembre 1872 de cette administration porte qu'en cas de non célébration du mariage, les droits perçus sont restituables, sous la réserve de celui de trois francs, qui est le minimum du droit fixe à percevoir pour l'enregistrement des actes civils.[1]

**277.** — Remarquons que le contrat de mariage ne cesse d'être dépourvu d'effet que si l'intention des futurs époux d'abandonner leur projet de mariage est certaine, ce que les tribunaux auront à rechercher d'après les faits de la cause ;[2] mais le délai d'une année, après lequel les publications préalables au mariage doivent être recommencées, aux termes de l'article 65, est sans influence sur le contrat de mariage.

Quant aux tiers donateurs, qui ont intérêt à savoir si les futurs époux donneront ou non suite à leur projet, ils pourraient citer ceux-ci en justice pour les contraindre à s'expliquer sur leurs intentions.[3]

**278.** — Le contrat de mariage étant lié au mariage, dont il règlemente les effets pécuniaires, il s'ensuit que si le mariage est annulé, le contrat de mariage est en même temps mis à néant.

Mais il faut tempérer cette solution par la disposition de l'article 201, à propos du mariage putatif : l'époux de bonne foi et les enfants pourront invoquer les clauses du contrat de mariage, comme ils peuvent invoquer les autres effets du mariage annulé.[4]

[1] Dalloz, 73, V, 208.
[2] Nîmes, 15 avril 1850, Sirey, 50, II, 519, et Dalloz, 52, II, 115.
[3] Rodière et Pont, I, n° 174.
[4] Rodière et Pont, I, n° 180; Aubry et Rau, V, § 501, texte et note 7, p. 231; Laurent, XXI, n° 9.

Digitized by Google

**279.** — Si le contrat de mariage est annulé par suite de la nullité du mariage, et que les époux aient vécu en communauté depuis la célébration du mariage jusqu'à son annulation, nous admettons, avec M. Laurent,[1] que les résultats de cette communauté doivent être liquidés d'après les principes qui règlent les sociétés de fait. En effet, si la communauté légale disparaît, il reste du moins ce fait que les époux ont vécu en société de biens, ce qui suffit pour faire naître entre eux des rapports d'associés, rapports qui devront être liquidés comme tels.

[1] XXI, n° 9.



Digitized by Google

## CHAPITRE V

### DU CONSENTEMENT ET DE LA CAPACITÉ DES PARTIES.

**280.** — Il faut, pour le contrat de mariage comme pour tout contrat, le consentement des parties contractantes et leur capacité : mais si ces conditions sont de droit commun, elles sont soumises à des règles spéciales dans le contrat de mariage, règles que nous devons étudier.

Aussi allons-nous diviser en deux parties notre étude sur ce chapitre :

I. — *Du consentement dans le contrat de mariage.*

II. — *De la capacité des parties dans le contrat de mariage.*

Digitized by Google

## SECTION I

### *Du consentement dans le contrat de mariage.*

**281.** — La première condition requise pour que les futurs époux consentent au contrat de mariage, c'est qu'ils y soient présents ou représentés par un mandataire. Nous croyons même qu'il est nécessaire, s'ils se font représenter par un mandataire, que la procuration soit authentique.

On a soutenu cependant que la procuration pouvait être sous seing privé, par le motif qu'aucun texte spécial n'en exige l'authenticité, comme le fait l'article 933 pour l'acceptation des donations. On ajoute que, du moment où la loi prend soin d'exiger l'authenticité de la procuration pour certains cas déterminés, c'est qu'en dehors de ces cas la procuration peut être donnée n'importe en quelle forme.[1]

Les motifs suivants nous paraissent décisifs en faveur de l'opinion contraire. Le but de la loi ne serait pas atteint si, après avoir exigé la solennité du contrat de mariage dans un intérêt de protection pour les futurs époux, elle leur permettait de constituer des mandataires par acte sous seing privé pour les y représenter : l'article 1394 deviendrait, dans ce système, une précaution bien inutile.

[1] Bellot des Minières, *Le contrat de mariage considéré en lui-même*, n° 364.

Digitized by Google

Ajoutons que la question se pose dans les mêmes termes pour la constitution de l'hypothèque, et il est maintenant reconnu que le mandat pour conférer une hypothèque doit être donné en la forme authentique ;[1] et cependant aucun texte ne prescrit cette authenticité, pas plus que pour le contrat de mariage.

Il faut donc en conclure que, du moment où la loi a exigé la solennité d'un acte dans un intérêt de protection pour les parties, celles-ci ne peuvent donner leur consentement que dans une forme solennelle, soit dans l'acte lui-même, soit dans la procuration consentie pour les y représenter.

**282.** — Sous notre ancienne jurisprudence, dans les provinces de droit écrit, l'usage s'était introduit de faire des contrats de mariage où l'un des deux futurs époux, principalement la jeune fille, et quelquefois même les deux futurs époux n'étaient pas présents : un de leurs parents, le plus souvent le père, se portait fort pour eux.

Cet usage de certaines provinces du Midi, qui se rattachait à l'institution des fiançailles, devait y être bien invétéré, à en juger par le grand nombre d'arrêts qui ont dû intervenir pour le proscrire : mais aujourd'hui la question est résolue, et l'on s'accorde à reconnaître la nullité de tout contrat de mariage où les époux, ou l'un d'eux, ne seraient représentés que par une personne, fût-ce leur père, qui s'y serait porté fort pour eux.

Il y a de cette décision un double motif : le premier, que la solennité du contrat de mariage, exigée par l'article 1394, deviendrait inutile si les époux pouvaient y être représentés par un tiers qui se porterait fort pour eux ; le second, que la loi, exigeant que le contrat de mariage soit

[1] Cassation, 23 mai 1854, Sirey, 54, I, 322 ; Cassation, 12 novembre 1855, Sirey, 56, I, 254 ; Cassation. 19 janvier 1864, Sirey, 64, I, 221. — Mourlon, *De la transcription*, II, n° 1006 ; Paul Pont, *Des privilèges et hypothèques*, I, n°s 470 et 667 ; Aubry et Rau, III, § 266, texte et note 49, p. 274.

Digitized by Google

arrêté avant la célébration du mariage, il faut qu'on ait avant le mariage la preuve certaine et authentique de ce consentement.[1]

A plus forte raisen en serait-il ainsi si le représentant de l'époux au contrat, le père par exemple, ne s'était pas porté fort pour son enfant.[2]

Il importe peu, d'ailleurs, que le futur époux au nom duquel on s'est porté fort fût mineur au moment de la rédaction du contrat de mariage : même dans ce cas, c'est lui qui consent ses conventions matrimoniales, avec l'assistance des personnes qui doivent l'autoriser, d'après l'article 1398. Il faut donc qu'il stipule par lui-même ou par un fondé de pouvoirs authentique, et nul ne peut se porter fort pour lui.[3]

**283.** — Quel est le caractère de la nullité du contrat de mariage dans lequel on s'est porté fort pour l'un ou l'autre des futurs époux ? Cette nullité est-elle absolue ou relative ?

A notre avis, la nullité du contrat de mariage est absolue, par le motif que ce contrat manque d'un élément essentiel à son existence, le consentement de l'un des époux dans la forme solennelle exigée par le législateur. Cette nullité absolue devra, croyons-nous, entraîner les sept conséquences suivantes :

[1] Nimes, 9 mars 1846, Sirey, 49, II, 129, et Dalloz, 49, II, 83 ; Nimes, 3 mai 1847, Sirey, 49, II, 129, et Dalloz, 49, II, 83 ; Montpellier, 3 juillet 1847, Sirey, 49, II, 129, et Dalloz, 47, II, 144 ; Nimes, 8 janvier 1850, Sirey, 50, II, 91, et Dalloz, 50, II, 188 ; Toulouse, 5 mars et 25 juillet 1852, Sirey, 52, II, 257 et 451, et Dalloz, 53, II, 123 et 124 ; Pau, 1er mars 1853, Sirey, 54, II, 33, et Dalloz, 53, II, 122 ; Cassation, 11 juillet 1853, Dalloz, 53, I, 181 ; Cassation, 29 mai 1854, Sirey, 54, I, 437, et Dalloz, 54, I, 207 ; Cassation, 9 janvier 1855, Sirey, 55, I, 125, et Dalloz, 55, I, 28 ; Cassation, 6 avril 1858, Sirey, 59, I, 17, et Dalloz, 58, I, 224 ; Cassation, 10 avril 1866, Sirey, 66, I, 190, et Dalloz, 66, I, 350. — Rodière et Pont, I, n° 146 ; Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 2, p. 233.

[2] Grenoble, 7 juin 1851, et Nimes, 6 août 51, Sirey, 51, II, 613, et Dalloz, 53, II, 122.

[3] *Arrêtés précités* de Nimes, 9 mars 1846 et 3 mai 1847 ; de Grenoble, 7 juin 1851 ; et de Cassation, 29 mai 1854 et 9 janvier 1855.

Digitized by Google

1° Toute personne intéressée pourra proposer cette nullité ;

2° Par suite de cette nullité de leur contrat, les époux sont réputés mariés sous le régime de la communauté ;

3° La nullité du contrat entraîne la nullité de toutes les clauses qui ne peuvent être valables qu'à la condition d'être contenues dans un contrat de mariage ;

4° Elle ne pourra être ratifiée avant le mariage, et, notamment elle ne sera pas couverte par le fait de la célébration du mariage ;

5° Elle ne pourra être ratifiée ni expressément, ni tacitement pendant le mariage ;

6° L'action en nullité durera trente ans, et non dix ans, pendant le mariage ;

7° Après la dissolution du mariage, la nullité ne changera pas de caractère ; elle ne pourra être ratifiée ni expressément, ni tacitement, et l'action en nullité durera trente ans. Mais rien ne s'oppose à ce que l'époux survivant, et les héritiers de l'époux prédécédé, prennent pour base de leurs règlements le contrat de mariage, malgré la nullité dont il en est entaché.

Ces diverses conséquences sont loin d'être toutes admises sans contestation, et nous allons examiner successivement chacune d'elles.

**284.** — La nullité, disons-nous, peut être proposée par toute personne intéressée, ce qui comprend trois classes de personnes : l'époux qui n'a pas figuré personnellement au contrat, les tiers qui ont traité avec les époux et qui ont intérêt à faire annuler le contrat,[1] et enfin l'époux qui a figuré en personne au contrat.[2]

[1] Nîmes, 8 janvier 1850, Sirey, 50, II, 91, et Dalloz, 50, II, 188; Cassation, 29 mai 1854, Sirey, 54, I, 437, et Dalloz, 54, I, 207.

[2] Limoges, 21 mars 1846, Sirey, 49, II, 129, et Dalloz, 47, II, 30; Nîmes, 3 mai 1847, Sirey, 49, II, 129, et Dalloz, 49, II, 83; Toulouse, 11 juin 1850, Sirey, 50, II, 505, et Dalloz, 52, II, 541; Grenoble, 7 juin 1851, Sirey, 51, II, 613, et Dalloz, 53, II, 122; Toulouse, 20 juillet 1852, Sirey, 52, II, 450, et Dalloz, 53, II, 124; Pau,

Digitized by Google

Cette première conséquence est généralement admise, et nous tenons à le constater, car elle découle logiquement du caractère absolu de la nullité dont le contrat est atteint : si la nullité était relative, elle ne pourrait être proposée par l'époux qui a été présent au contrat.

**285.** — Par suite de la nullité du contrat, les époux sont réputés mariés sous le régime de la communauté légale, quel que soit le régime par eux adopté.

Cette conséquence est très grave, si l'on songe que la clause dont nous examinons les effets n'est usitée que dans certaines contrées du Midi, c'est-à-dire dans des pays de régime dotal ; mais elle résulte de la combinaison de la règle de l'article 1393 avec le caractère de nullité absolue du contrat ainsi fait. Un pareil contrat n'a aucune existence juridique, et les époux doivent être traités comme s'ils n'avaient pas fait de contrat.

Aussi cette conséquence est-elle maintenant universellement admise, malgré la perturbation qu'elle jette dans les pays de régime dotal. Il en résulte notamment que les valeurs mobilières, données en dot à la femme, tombent dans la communauté légale, et ne sauraient être réputées propres à la femme.[1]

**286.** — La nullité du contrat entraîne, disons-nous, la nullité de toutes les conventions qui ne peuvent être valables qu'à la condition d'être contenues dans un contrat de mariage.

Cette conséquence est admise aussi, au moins en ce qui

1er mars 1853, Sirey, 54, II, 33, et Dalloz, 55, II, 112; Cassation, 29 mai 1854, Sirey, 54, I, 437, et Dalloz, 54, I, 207; Nîmes, 30 août 1854, Sirey, 54, II, 641, et Dalloz, 56, II, 107; Cassation, 9 janvier 1855, Sirey, 55, I, 125, et Dalloz, 55, I, 28; Toulouse, 2 juin 1857, Sirey, 57, II, 513, et Dalloz, 58, II, 34; Montpellier, 24 décembre 1857, Sirey, 59, II, 524; Nîmes, 8 mars 1875, Sirey, 76, II, 181; Cassation, 16 juin 1879, Sirey, 80, I, 166.

[1] *Arrêts précités* de Toulouse, 20 juillet 1852 et 19 janvier 1853; de Pau, 1er mars 1853; de Cassation, 29 mai 1854 et 9 janvier 1855; et de Montpellier, 24 décembre 1857.

Digitized by Google

concerne les donations de biens à venir,[1] et les gains de survie,[2] dont on reconnaît la nullité.

**287**. — Mais, en ce qui touche les donations de biens présents, la question de savoir à quelles conditions elles sont valables est controversée.

Une opinion enseigne qu'elles n'ont pas besoin d'être expressément acceptées, comme cela est nécessaire en droit commun, si le donateur ne les a pas faites en vue du régime adopté par le contrat annulé : en effet, dit-on, le contrat de mariage existe au moins en droit naturel, s'il est nul en droit civil, et cela suffit pour rendre applicable l'article 1087, qui dispense d'acceptation expresse les donations par contrat de mariage.[3]

Il faut, à notre avis, rejeter cette opinion : le contrat de mariage est nul en droit civil, et par suite on doit rejeter l'application de l'article 1087, sans avoir à examiner si le contrat est valable en droit naturel. Il est certain, en effet, que l'article 1087 n'est écrit que pour les donations faites dans un contrat valable en droit civil, et qu'il ne s'occupe pas de celles qui seraient insérées dans un contrat valable seulement en droit naturel.[4]

La même solution devait être adoptée, et la donation de biens présents annulée, si le contrat n'avait pas été fait en la présence réelle du notaire en second ou des témoins.

**288**. — La donation de biens présents, non expressément acceptée, est néanmoins valable, si elle consiste en une somme d'argent qui a été versée immédiatement aux époux : elle doit être validée dans cette hypothèse, non pas

[1] Nimes, 8 janvier 1850, Dalloz, 50, II, 188.

[2] Montpellier, 24 décembre 1857, Sirey, 59, II, 24.

[3] Rodière et Pont, I, 148.

[4] Nimes, 8 janvier 1850, Sirey, 50, II, 91, et Dalloz, 50, II, 188; Toulouse, 20 juillet 1852, Sirey, 52, II, 450, et Dalloz, 53, II, 124; Cassation, 11 juillet 1853, Sirey, 54, I, 49, et Dalloz, 53, I, 281. — Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 5, p. 234; Laurent, XXI, n° 55.

Digitized by Google

comme donation par contrat de mariage, mais comme don manuel.[1]

Elle est encore valable si l'époux donataire l'accepte, postérieurement au contrat de mariage, par un acte authentique : les formalités exigées pour les donations de biens présents sont en effet remplies.

Mais il est impossible de dire que l'acceptation sera suffisante, si, en l'absence de la femme qui n'a pas figuré au contrat, elle est faite par le mari : la Cour de Nîmes a déclaré valable cette acceptation, par le motif que le mari est mandataire général de sa femme, et peut à ce titre accepter pour elle.[2] Mais nous répondrons, avec M. Laurent,[3] que le mandat du mari ne commencera qu'au jour de la célébration du mariage, et que jusque-là, il n'a nulle qualité pour accepter les donations faites à la future épouse.

**289.** — En quatrième lieu, disons-nous, le contrat de mariage nul à raison de l'absence de l'un des époux ne peut être ratifié avant le mariage : les époux peuvent faire un nouveau contrat, dans la forme de l'article 1394, mais ils ne peuvent pas ratifier le premier.

Une opinion soutient cependant qu'il peut être ratifié avant le mariage, mais les partisans de cette opinion sont loin de s'entendre sur les conditions exigées pour cette ratification.

Les uns admettent que le contrat peut être valablement ratifié soit par une déclaration expresse de ratification, soit par une exécution volontaire antérieure au mariage, conformément à l'article 1338.[4]

Les autres, allant plus loin encore dans cette voie, enseignent que la ratification résultera du seul fait de la célébration du mariage : « Attendu, dit un arrêt de la Cour de

[1] Toulouse, 5 mars 1852, Dalloz, 53, II, 123 ; Pau, 1er mars 1853, Sirey, 54, II, 33, et Dalloz, 53, II, 123. — Laurent, XXI, n° 55.

[2] Nîmes, 30 août 1854, Sirey, 54, II, 641, et Dalloz, 55, II, 107.

[3] XXI, n° 55.

[4] Nîmes, 8 janvier 1850, Dalloz, 50, II, 188.

Digitized by Google

« Toulouse, que s'il faut reconnaître que la future épouse « était absente lors de la rédaction des conventions matri- « moniales entre elle et son fiancé, il résulte que plus tard « elle a ratifié par la célébration du mariage projeté l'en- « gagement pris pour elle ; que de cette solennité accom- « plie de son consentement, il résulte l'exécution des con- « ventions qui devaient régler la société conjugale, exécu- « tion qui, aux termes de l'article 1338 du Code civil, est de « tous les modes de ratification le plus énergique et le « moins équivoque. »[1]

D'autres enfin n'admettent la ratification que dans la forme prescrite pour les contre-lettres par les articles 1396 et 1397 : le contrat de mariage, disent-ils, est un acte solennel, qui par suite n'est susceptible d'être ratifié que dans les formes auxquelles il est soumis.[2]

Ces divergences ne font que nous convaincre de plus en plus qu'aucune ratification n'est possible.

Nous écartons, d'abord, la ratification résultant du seul fait de la célébration du mariage, par le motif qu'il n'y a aucun lien nécessaire entre le mariage et les conventions matrimoniales qui ont été arrêtées auparavant. Dût-on admettre l'application de l'article 1338, il serait impossible de voir dans le fait du mariage l'exécution volontaire de telles ou telles conventions matrimoniales.

Quant à l'opinion qui admet l'application de l'article 1338, c'est-à-dire la ratification par acte formel ou par exécution volontaire, nous lui répondrons que le contrat de mariage est un acte solennel, qui ne peut se composer d'un acte authentique et d'une ratification sous signatures privées, ou même non écrite : sinon à quoi aurait-il servi d'exiger l'authenticité, et quelles garanties offrirait-elle ?

[1] Toulouse, 15 juin 1844, Dalloz, 45, IV, 110. — *Sic*, Montpellier, 3 juillet 1847, Dalloz, 47, II, 144.

[2] Toulouse, 11 juin 1850, Sirey, 50, II, 505, et Dalloz, 52, II, 541; Grenoble, 7 juin 1851, Sirey, 51, II, 613, et Dalloz, 53, II, 122. — Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 8, p. 235.

Digitized by Google

Reste l'opinion qui n'admet la ratification que dans la forme des articles 1396 et 1397 : voici la grave objection qu'elle soulève. Le législateur ne s'est occupé de la ratification que dans l'article 1338, et cette opinion reconnaît que ce texte est inapplicable : quant aux articles 1396 et 1397, ils ne sont point écrits en vue de la ratification d'un contrat de mariage annulable, mais de modifications à un contrat de mariage valable ; et il n'y a aucune analogie entre ces deux situations.

Aussi croyons-nous qu'il est plus vrai de dire que le contrat de mariage, auquel l'un des époux n'a point figuré, doit être refait en la forme légale, si les deux époux sont d'accord pour le prendre comme base de leurs conventions matrimoniales. Nous ferons remarquer que cette solution n'entraîne pas plus de difficultés pratiques que celle qui exige, pour la ratification, l'accomplissement des formalités des articles 1396 et 1397 : puisqu'il faut toujours employer la forme authentique, et cela en la présence et du consentement simultané des parties, il n'est pas plus difficile de faire en entier le contrat de mariage que de ratifier celui déjà fait.[1]

**290.** — Nous avons dit, en cinquième lieu, que la nullité du contrat de mariage, auquel l'un des époux n'a pas été présent, ne pouvait être ratifiée pendant le mariage : cette solution est généralement admise, mais nous tenons à indiquer les motifs, excellents selon nous, donnés à l'appui de cette solution par la Cour de Cassation, car ils nous serviront pour l'examen d'une autre question, celle de la ratification après le mariage :

« Attendu que l'absence de la future épouse au contrat « de mariage, contrairement aux dispositions des articles « 1387, 1388, 1389, 1394, 1395 et 1396 du Code Napoléon, « constitue une nullité radicale et d'ordre public, qui en- « lève au prétendu contrat de mariage son existence lé-

[1] *Sic*, Laurent, XXI, n° 51.

Digitized by Google

« gale ; qu'il n'a jamais appartenu à la femme de valider, « depuis son mariage, en vertu soit des dispositions de « l'article 1120, soit des dispositions de l'article 1338, « même Code, un contrat qui n'avait jamais reçu un com- « mencement d'existence ; et que, sous ce point de vue, « les prétendues ratifications données depuis le mariage « soit par la femme, soit par son représentant, ne sont « d'aucune valeur. »[1]

MM. Aubry et Rau, qui admettent aussi cette théorie, en donnent un autre motif : la ratification serait nulle, disent-ils, aux termes de l'article 1395, puisqu'elle tendrait à écarter ou à modifier le régime de la communauté légale, que les époux sont présumés avoir adopté.[2]

Comme conséquence de cette solution, il faut décider que l'action en nullité du contrat de mariage durera trente ans, et non dix ans, puisque la prescription de dix ans de l'article 1304 ne s'applique qu'aux nullités relatives.[3]

**291.** — Une fois le mariage dissous, nous disons que la situation reste la même que pendant le mariage ; que la ratification n'est pas possible, et, par voie de conséquence, que la prescription s'accomplira par trente ans, et non par dix ans.

Une opinion soutient que la ratification est possible, et que la prescription s'accomplira par dix ans, conformément aux articles 1338 et 1304 : une fois le mariage dissous, dit-on, aucun motif ne s'oppose à ce que le survivant et les héritiers du conjoint prédécédé déclarent expressément ratifier le contrat primitif, ou le ratifient tacitement en faisant un acte qui révèle clairement leur intention de l'approuver.[4]

[1] Cassation, 6 avril 1856, Sirey, 56, II, 18 ; Nîmes, 12 novembre 1863, Sirey, 64, II, 158.

[2] V, § 502, texte et note 9, p. 235.

[3] Cassation, 6 avril 1856, Sirey, 56, II, 18 ; Toulouse, 2 juin 1857, Sirey, 57, II, 513 ; Cassation, 6 avril 1858, Sirey, 59, I, 17, et Dalloz, 58, I, 224.

[4] Nîmes, 6 août 1851, Sirey, 51, II, 613, et Dalloz, 53, II, 123 ;

Digitized by Google

Voici les raisons qui nous portent à admettre l'opinion contraire.

En premier lieu, si le contrat de mariage est nul d'une nullité absolue au moment où il est fait, et si cette nullité persiste avec le même caractère pendant le mariage, comment pourrait-elle devenir une nullité relative après la mort de l'un des époux ? Si l'on reconnaît que la nullité est absolue pendant une certaine période, elle doit toujours conserver ce caractère.

En second lieu, si nous prenons le motif donné par MM. Aubry et Rau pour défendre la ratification pendant le mariage, la solution doit être la même dans notre hypothèse. Les époux sont présumés, disent-ils, avoir adopté le régime de la communauté légale : si telle est la présomption, comment l'époux survivant et les héritiers du prédécédé auraient-ils la faculté de substituer rétroactivement à ce régime, si cela leur plaisait, le régime adopté dans le contrat ? Le contrat de mariage ne comporte pas de pareilles alternatives, et demande plus de stabilité.

En troisième lieu, il nous paraît impossible d'admettre qu'une fois le mariage dissous, on puisse ratifier le contrat de mariage, c'est-à-dire la loi qui n'avait d'autre but que de gouverner les intérêts pécuniaires des époux pendant le mariage.

M. Bertauld a très bien mis en relief la bizarrerie d'une telle ratification, en examinant une question que nous aurons bientôt à étudier, la théorie de la nullité du contrat de mariage du mineur :

« On demande si la loi, qui n'a pas eu de vie pendant la « période contemporaine du mariage, peut recevoir, quand « le mariage ne subsiste plus, cette vie qui lui a manqué « dans le temps qu'elle devait régir. Bizarre loi, qui ne

Montpellier, 9 décembre 1853, Sirey, 54, II, 33, et Dalloz, 55, II, 112; Cassation, 10 avril 1866, Sirey, 66, I, 190, et Dalloz, 66, I, 350. — Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 10, p. 235.

Digitized by Google

« s'appliquéra ni au présent, ni à l'avenir, et qui s'appli-
« quera encore moins au passé; si on ne veut la charger
« d'une rétroactivité impossible ! Une loi pour les époux
« quand ils auront cessé de l'être ! Une loi pleine d'à-pro-
« pos et d'opportunité qu'une loi posthume ! »[1]

Ce qui a probablement fait naître l'opinion que nous combattons, c'est une idée exacte dont cette opinion exagère les conséquences. Il est certain qu'une fois le mariage dissous, rien n'empêche le conjoint survivant et les héritiers, maîtres de leurs droits, de prendre pour base des réglements à intervenir entre eux le contrat de mariage nul : il ne s'agit en effet, entre eux, que d'intérêts pécuniaires purement privés, qu'ils peuvent régler comme bon leur semble. Mais ce n'est pas là une ratification, c'est un acte nouveau, produisant ses effets à sa date, et avec sa force propre.

Cette différence a été indiquée, dans des termes très juridiques, par la Cour de Cassation :[2]

« Attendu que si, après la dissolution du mariage, et
« lorsque les motifs d'ordre public avaient cessé, il était
« permis aux parties de régler par un nouvel acte leurs
« intérêts civils, comme elles le jugeaient convenable, ce
« n'était pas à la disposition spéciale de l'article 1338
« qu'elles devaient recourir ; que cette disposition sup-
« pose, en effet, l'existence d'un vice ou d'une nullité qu'il
« s'agit de réparer ou de couvrir, et qu'elle ne reçoit pas
« d'application au cas d'une nullité d'ordre public, et qui,
« eu égard à sa nature et à son objet, n'aurait pu prendre
« naissance même sous une forme d'ailleurs régulière à
« l'époque de sa prétendue ratification. »

Nous croyons qu'on ne peut aller plus loin, et qu'en donnant effet à la convention nouvelle et formelle, que les parties sont toujours libres de faire pour le règlement de

[1] *Questions pratiques et doctrinales*, 1re série, n° 609, p. 481.
[2] Arrêt cité, *infrà*, du 6 avril 1858.

Digitized by Google

leurs droits, on concilie le principe de la liberté des conventions avec cet autre principe que l'on ne peut ratifier un acte nul.[1]

Comme conséquence de cette théorie, la seule prescription qu'on pourra invoquer contre l'action en nullité sera celle de trente ans, applicable, dit très bien la Cour de Cassation « non en ce sens qu'elle donne force à ce qui n'a « pas existé, mais en ce sens que cette prescription met « obstacle à toute action tant réelle que personnelle. »[2]

**292.** — Nous venons d'étudier les effets de l'absence de l'un des futurs époux, lors de la rédaction du contrat de mariage : supposons que les deux futurs époux aient été présents, mais que le consentement de l'un d'eux ait été vicié, soit par suite de la violence, ce qui est assez difficile à supposer en fait, soit plutôt par suite du dol de son futur conjoint ; la nullité des conventions matrimoniales pourra-t-elle être demandée par l'époux victime du dol ?

L'affirmative a été fort habilement défendue par notre honorable collègue, M. Vidal, professeur agrégé à la Faculté de Toulouse.[3] Son argumentation peut se résumer ainsi.

La loi a, il est vrai, exclu l'action en nullité pour cause de dol pour le mariage lui-même, mais elle a admis des causes d'annulabilité relatives au profit de l'un des époux, et n'a pas cru ainsi porter atteinte au principe supérieur de l'irrévocabilité du mariage. Pour le contrat de mariage, elle n'a rien dit : il faut en conclure que pour ce contrat, beaucoup plus semblable aux conventions ordinaires que

[1] Toulouse, 2 juin 1857, Sirey, 57, II, 513, et Dalloz, 58, II, 34 ; Cassation, 6 avril 1858, Sirey, 59, I, 17, et Dalloz, 58, I, 224. — Laurent, XXI, n° 52.

[2] *Arrêt précité* du 6 avril 1856.

[3] *Etude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques*, Toulouse, 1884. — *Voir en ce sens* Tribunal de la Seine, 19 février 1869, sous Cassation, Dalloz, 73, I, 483.

Digitized by Google

le mariage, on appliquera les règles du droit commun sur les vices du consentement, notamment sur le dol.

Si l'on objecte que cette solution jette de l'incertitude sur le régime des époux, l'on répond que cette incertitude règne aussi bien dans les contrats de mariage soumis à une condition résolutoire ou suspensive, dont la validité est généralement reconnue.

On ajoute que cette solution est désirable, car il serait peu moral de laisser l'un des époux jouir des avantages d'un contrat, qu'il n'a obtenu qu'au moyen de manœuvres dolosives dirigées contre son conjoint.

Cette solution conduit à annuler, au cas de dol, les reconnaissances de dot ou d'apport, les donations, les avantages indirects résultant de l'adoption de la communauté conventionnelle, et même de la communauté légale.

Si l'annulation pour cause de dol porte sur la communauté légale, ou sur une communauté conventionnelle moins étendue que la communauté légale, les époux seront mariés sous le régime exclusif de communauté : mais si l'annulation porte sur une communauté conventionnelle plus étendue que la communauté légale, ils seront mariés sous le régime de la communauté légale, qui est le régime de droit commun.

L'action en nullité pour cause de dol est d'ailleurs soumise aux règles générales des actions fondées sur le dol : proposable seulement par l'époux victime du dol, cette action pourra être arrêtée par une ratification expresse ou tacite, même pendant la durée du mariage, et elle sera soumise à la prescription de dix ans de l'article 1304. Toutefois cette prescription ne court pas pendant le mariage, à raison de la suspension de prescription édictée entre époux par l'article 2253.

**293**. — Nous croyons qu'il est plus conforme aux principes du contrat de refuser toute action en nullité pour vices du consentement, en particulier pour dol.

Distinguons d'abord le dol, pour lequel nous refusons

Digitized by Google

toute action, et la simulation, qui peut, dans le contrat de mariage comme dans tout autre acte, être une cause de nullité de la convention simulée.

Ainsi la quittance simulée de la dot, donnée dans le contrat de mariage, alors que rien n'a été versé, la reconnaissance d'apports faite au profit de l'un des époux, qui en réalité n'a rien apporté, pourront être annulées comme simulées, soit sur la demande des tiers intéressés, soit sur la demande de l'époux au préjudice duquel la simulation a été faite.

Il n'y a, dans cette solution, aucune atteinte au principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales : on ne les change pas, et on se borne à reconnaître ce qu'elles contenaient en réalité, au jour où elles ont été faites. D'un autre côté les tiers n'en peuvent éprouver de préjudice sérieux, car l'action en nullité pour cause de simulation laissera toujours intactes les conventions matrimoniales proprement dites, notamment le régime adopté, et ne pourra faire annuler que certaines clauses particulières, relatives spécialement à la dot ou aux apports.

A quelles conditions l'un des époux, ou les tiers, pourront-ils faire annuler comme simulées ces clauses du contrat de mariage ? C'est ce que nous examinerons au chapitre VI, *De la force probante du contrat de mariage* : bornons-nous en ce moment à constater que l'action en nullité pour cause de simulation existe, sans qu'il y ait d'atteinte portée au principe de l'irrévocabilité.[1]

Nous croyons, au contraire, que l'action en nullité pour cause de dol doit être refusée à l'époux victime du dol.

[1] Cassation, 5 janvier 1831, Sirey, 31, I, 8; Cassation, 31 juillet 1833, Sirey, 33, I, 840; Toulouse, 15 mars 1834, Sirey, 34, I, 537; Cassation, 2 mars 1852, Sirey, 52, I, 262, et Dalloz, 52, V, 208; Paris, 24 février 1865, Sirey, 66, II, 144; Poitiers, 18 août 1872, Dalloz, 73, V, 138; Cassation, 21 février 1882, Dalloz, 82, I, 127; Cassation, 22 août 1882, Sirey, 83, I, 25, et Dalloz, 83, I, 296; Cassation, 7 mai 1884, Sirey, 85, I, 28, et Dalloz, 84, I, 285. — Voir *suprà*, Tome I, n° 247, et *infrà*, Tome I, n°s 326-328.



Digitized by Google

Remarquons, d'abord, que le mariage lui-même ne peut être attaqué pour cause de dol : « On dit communément, « écrivait Loisel, qu'en mariage il trompe qui peut... » ; et de Laurière, dans ses notes sur cette maxime, ajoute « Il « faut entendre cette règle *à l'égard des biens*.... »[1] Cette solution admise dans le droit nouveau comme elle l'était dans l'ancien droit,[2] s'applique, il est vrai, au mariage, non aux conventions matrimoniales, mais n'oublions pas que ces conventions ne sont que l'accessoire du mariage, et si l'action pour cause de dol est refusée contre le lien principal, il est logique de la refuser contre la convention accessoire.

Abordons maintenant la question en elle-même. L'obstacle insurmontable à la nullité pour cause de dol des conventions matrimoniales nous paraît être l'irrévocabilité des conventions matrimoniales : la fixité absolue de ces conventions ne comporte pas l'admission de nullités relatives ; la partie en faveur de laquelle elles seraient introduites pourrait, à son gré, les invoquer ou ne pas les invoquer, les ratifier ou ne pas les ratifier, et pendant ce temps les tiers seraient dans l'incertitude sur le régime adopté par les époux.

Déjà nous avons rencontré cette thèse des nullités relatives dans les contrats de mariage, à propos de la forme du contrat, à propos des contre-lettres et de l'absence des futurs époux : partout nous l'avons combattue, et nous la combattrons encore une fois, lorsque nous la retrouverons à propos du contrat de mariage des mineurs, et plus généralement des incapables.

« Un contrat de mariage est valable ou nul *ab initio*, dit « excellemment M. Valette, et ne peut, quant à son exis- « tence juridique, après le mariage (que nous supposons « valable) dépendre de la volonté des parties contractan-

[1] *Institutes coutumières*, Livre I, Titre II, Règle III.
[2] Demolombe, III, n° 255.

Digitized by Google

« tes ou de l'une d'elles.... Ce système est inconciliable « avec la fixité essentielle des contrats de mariage, sur « lesquels la volonté ultérieure des parties ne doit avoir « aucune prise.

« S'il n'en était ainsi, on ne pourrait jamais savoir, au « moins pendant la durée du mariage, quel serait au juste « le régime matrimonial des conjoints, puisque les con- « ventions portées au contrat pourraient toujours, plus « tard, être annulées par suite de l'allégation du dol ou « d'un autre vice du consentement (violence, erreur, etc...) « qui aurait altéré ces conventions. »[1]

Les conséquences du système que nous combattons montrent d'ailleurs combien il se concilie peu avec les principes de la matière : ainsi on admet que la nullité pour cause de dol pourra être ratifiée *pendant le mariage*,[2] malgré l'article 1395, qui défend tout changement pendant le mariage aux conventions matrimoniales. Ainsi encore on en arrive à permettre l'annulation, pour cause de dol, de la communauté légale sous laquelle sont mariés les époux qui n'ont pas fait de contrat ; c'est-à-dire que, suivant la formule ingénieuse donnée par un membre de l'Académie de législation de Toulouse,[3] on arrive « à se « faire restituer contre l'absence d'un contrat, » ce qui est impossible. C'est ainsi encore que l'on admet, une fois la communauté légale annulée, que les époux seront mariés sous le régime exclusif de communauté,[4] alors que la loi ne reconnaît d'autre régime, pour les époux mariés sans contrat, que le régime de la communauté légale.

Dans le système que nous défendons, on échappe à ces bizarreries ou à ces inconséquences : du moment où le contrat de mariage est régulier en la forme, et où les par-

[1] *Consultation en faveur de M. Otto Stern*, MÉLANGES DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE, Tome II, p. 138-139.
[2] Vidal, *Op. citat.*, p. 101-103.
[3] Vidal, *Op. citat.*, p. 159-160.
[4] Vidal, *Op. citat.*, p. 108-109.

Digitized by Google

ties qui y ont figuré étaient capables, le contrat est inattaquable ; la fixité des conventions matrimoniales le veut ainsi. Il pourra y avoir, dans quelques cas particuliers et fort rares, des inconvénients à cette solution, mais ils seront beaucoup moindres que ceux qui résulteraient d'une atteinte portée au principe essentiel, et d'ordre public, de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales.

**294.** — Observons, d'ailleurs, que dans aucun système l'action en nullité du contrat de mariage, qu'elle se prescrive par dix ans ou par trente ans, ne pourra se prescrire pendant le mariage, du moins entre les époux : c'est l'application pure et simple de l'article 2253, qui suspend le cours de la prescription entre époux.[1]

[1] Cassation, 13 juillet 1857, Dalloz, 57, I, 334.

Digitized by Google

## SECTION II

*De la capacité des parties dans le contrat de mariage.*

**295.** — Pour que le contrat de mariage soit valable, il faut que les parties qui l'ont fait aient la capacité nécessaire pour se marier, puisque, comme nous l'avons vu, le contrat de mariage est caduc si le mariage ne s'ensuit pas.[1] Mais ce n'est pas là une condition de capacité requise pour le contrat de mariage, c'est une question étrangère au contrat de mariage proprement dit, mais qui domine ce contrat, et en entraîne la nullité, comme la nullité de tout contrat principal entraîne la nullité du contrat accessoire qui s'y rattache.

**296.** — Examinons maintenant quelle est la capacité exigée des futurs époux, pour pouvoir arrêter leurs conventions matrimoniales.

Écartons d'abord une formule absolue et, à notre avis, inacceptable, donnée par M. Troplong. Le contrat de mariage et le mariage sont, dit-il, *indivisibles*, et il n'y a pas à se demander si les époux étaient capables de faire leur contrat de mariage, mais si, lorsqu'ils se sont ensuite mariés, ils étaient capables de se marier. De deux choses l'une : ou le mariage qui a suivi le contrat est valable, et alors on ne pourra pas demander la nullité du contrat pour

[1] *Suprà*, Tome I, n° 276-279.

Digitized by Google

incapacité de l'un des époux : ou le mariage est nul, et le contrat de mariage l'est aussi : « Le sort du contrat, dit le « savant auteur, se règle par le sort de l'union ; il en suit « les destinées, il en prend le caractère. »[1]

Cette thèse de l'indivisibilité du mariage et du contrat de mariage doit être repoussée : le contrat de mariage est une convention purement pécuniaire, complètement distincte du mariage. Cette convention sera nulle, si elle n'est pas suivie d'un mariage valable, car elle est destinée à régler les intérêts pécuniaires des époux, et il ne peut y avoir de loi matrimoniale sans mariage ; mais elle n'est pas nécessairement valable, parce que le mariage qui la suit est valable. Ainsi elle peut être nulle pour défaut de forme ; elle peut être nulle pour absence de l'un des futurs époux ; et nous ajoutons qu'elle peut être nulle pour incapacité, bien que le mariage contracté ensuite soit valable.

Cette théorie de l'indivisibilité est très bien réfutée par un arrêt de la Cour de Cassation, rendu dans une hypothèse où des héritiers collatéraux, non-recevables à demander la nullité du mariage, attaquaient une donation de biens à venir contenue au contrat pour cause d'insanité d'esprit :

« Attendu que le mariage et le contrat de mariage, « quoique liés intimement l'un à l'autre, n'étant point des « actes du même ordre et de la même importance, ont « chacune leurs règles propres et particulières : que les « dispositions faites par contrat de mariage peuvent être « arguées de nullité, sans que pour cela le mariage, cou- « vert par la protection spéciale de la loi, soit susceptible « d'être attaqué par la même personne et dans les mêmes « délais ; qu'ainsi l'on ne saurait se prévaloir des fins de « non recevoir établies par le Code Napoléon contre l'ac- « tion des collatéraux pour soutenir que ces collatéraux,

[1] I, nos 109-124.

Digitized by Google

« devenus héritiers de l'époux donateur, sont, par une « conséquence nécessaire, non-recevables à attaquer les « dispositions faites par lui dans son contrat de ma- « riage. »[1]

Il faut donc rechercher quelles sont, en elles-mêmes, les conditions de capacité exigées des futurs époux pour arrêter leurs conventions matrimoniales.

**297.** — D'après une opinion très accréditée, la capacité nécessaire pour faire un contrat de mariage est la même que celle qui est requise pour contracter mariage. C'est cette idée qu'expriment plusieurs anciens adages : « *Ha-* « *bilis ad matrimonium, habilis ad matrimonii conse-* « *quentias. Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptia-* « *lia.* » Dès lors, lorsqu'on veut savoir si des conventions matrimoniales sont valables ou nulles, à raison de la capacité des parties, il faut déplacer la question, et se demander si les futurs époux qui les ont arrêtées étaient capables de se marier.

La preuve que telle est bien la théorie du Code se trouve, dit-on, dans l'article 1398, pour le contrat de mariage du mineur : pour ce contrat on n'applique pas les règles de la tutelle, c'est le mineur qui stipule lui-même, et les personnes qui l'assistent sont celles qui doivent consentir à son mariage. C'est le consécration, sous notre droit nouveau, de la règle *Habilis ad nuptias.*

On ajoute que cette solution est logique : les conventions matrimoniales, la détermination du régime que les futurs époux vont adopter se lient intimement au mariage, et si l'on donnait à une personne le droit de se marier, en lui refusant la faculté de régler ses conventions matrimoniales, on apporterait une sérieuse entrave à la liberté du mariage.

Toutefois, les partisans de cette théorie se divisent sur

[1] Cassation, 23 décembre 1856, Dalloz, 57, 1, 17.— *Sic*, Laurent, XXI, nos 14-17.

Digitized by Google

l'étendue des conséquences qu'elle entraîne. Pour les uns, la règle *Habilis ad nuptias* est absolue, et celui qui est capable de se marier seul, comme le prodigue, par exemple, peut choisir librement le régime qu'il entend adopter, fût-ce la communauté universelle ; et, de plus, il peut faire à son futur conjoint toute espèce de donations par contrat, soit de biens à venir, soit même de biens présents.[1] Toutefois d'autres auteurs, tout en permettant à l'incapable les libéralités par contrat de mariage, limitent cette faculté aux donations de biens à venir, et interdisent toute donation de biens présents.[2]

Pour les autres, la faculté de faire le contrat de mariage n'entraîne pas le droit de disposer de ses biens par ce contrat avec la liberté qui appartient au majeur. Autre chose, dit-on, est le droit d'arrêter ses conventions matrimoniales, ce qui est une faculté inséparable de la faculté de se marier, autre chose le droit de faire des libéralités que le contrat de mariage ne peut pas contenir. Pour faire de telles libéralités, il faudra que l'incapable remplisse les conditions exigées par son état juridique, et, notamment, s'il s'agit du prodigue, qu'il obtienne l'assistance de son conseil judiciaire, conformément à l'article 513.[3]

Mais cette formule, qui permet à l'incapable d'arrêter ses conventions matrimoniales seul, en lui défendant toute libéralité, ne résout pas toute la question : dans quel cas devra-t-on dire qu'il y a libéralité ? Ici, nouvelle division des partisans de la théorie que nous exposons : pour les uns, l'incapable peut adopter le régime de la communauté légale, ou tout autre régime qui n'emporte que dans une

[1] Cassation, 24 décembre 1856, Sirey, 57, I, 245, et Dalloz, 57, I, 18. — Merlin, Répert., V° *Prodigue*, § 5 ; Troplong, I, n°s 297 et 298.

[2] Duranton, XIV, n° 15 ; Rodière et Pont, I, n° 48 ; Sébire et Carteret, Encyclop. du droit, V° *Contrat de mariage*, n° 95.

[3] Bordeaux, 7 février 1855, Sirey, 56, II, 65, et Dalloz, 56, II, 249 ; Pau, 31 juillet 1855, Sirey, 56, II, 65, et Dalloz, 56, II, 249 ; Agen, 21 juillet 1857, Sirey, 57, II, 530, et Dalloz, 57, II, 168.

Digitized by Google

mesure plus restreinte aliénation des biens, mais il ne pourrait adopter un régime emportant aliénation dans une plus large mesure;[1] pour d'autres, il ne peut même pas adopter le régime de la communauté légale, mais seulement celui de la communauté d'acquêts,[2] ou de la séparation de biens.[3]

**298.** — Nous croyons qu'il est plus conforme aux principes généraux du droit de repousser complètement l'application de la règle *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, sauf bien entendu pour le mineur, pour lequel nous avons un texte spécial ; et de décider que pour arrêter les conventions matrimoniales, il faudra avoir la capacité de contracter nécessaire pour le genre de conventions matrimoniales que l'on veut adopter.

Notre premier argument est celui-ci : la règle *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, n'est écrite nulle part, et il faudrait un texte pour l'admettre, car elle constitue une exception aux principes sur la capacité des personnes, notamment, s'il s'agit du prodigue, une exception à l'article 513, qui lui défend d'aliéner sans l'assistance de son conseil.

Que l'on n'objecte pas l'article 1398, qui permet au mineur de consentir les conventions dont le contrat de mariage est susceptible, avec l'assistance de ceux qui doivent l'autoriser pour le mariage. Nous répondrons, en premier lieu, que ce texte n'est écrit que pour le mineur, et que l'on ne peut étendre aux autres incapables l'exception qu'il a créée: en second lieu, que ce texte ne laisse pas le mineur sans protection, puisqu'il substitue au pouvoir du tuteur l'assistance des personnes qui doivent consentir au mariage ; tandis que, en étendant ce texte aux autres incapables, notamment au prodigue, qui n'a besoin d'aucune autorisa-

[1] Aubry et Rau, V, § 502, texte et notes 12 et 13, p. 226-239.
[2] Demante, II, n° 285 *bis*.
[3] Demolombe, III, n° 22, et VIII, n°s 77 et suiv.

Digitized by Google

tion pour se marier, on lui permet de faire son contrat de mariage sans aucun contrôle et sans aucune protection.

Que l'on n'objecte pas non plus qu'apporter une restriction à la liberté d'arrêter les conventions matrimoniales, c'est apporter une entrave au mariage lui-même. Nous répondrons d'abord, avec M. Colmet de Santerre, que cette entrave nous paraît plus désirable qu'effrayante : « Pour-« rait-on reprocher au législateur, dit-il, d'avoir, tout en « respectant le principe de la liberté en matière de ma-« riage, subordonné les conventions pécuniaires à un con-« sentement étranger, pour faire obstacle aux spéculations « honteuses qui pourraient avoir pour base la passion ou « l'entraînement déraisonné d'un prodigue ou d'un faible « d'esprit ? Quand la nécessité de ce consentement du con-« seil arrêterait un certain nombre de ces mariages, fau-« drait-il s'en étonner et le regretter ? »[1]

Nous répondrons, en second lieu, que, dans l'opinion suivie par la majorité des partisans du système que nous combattons, l'entrave existe, puisqu'ils n'autorisent l'incapable qu'à adopter la communauté légale ou un régime comportant des aliénations moins étendues, et qu'ils lui défendent de faire seul aucune donation par contrat, ou d'adopter un régime plus étendu que la communauté légale : plus d'un mariage pourra être arrêté par ces restrictions.

Notre conclusion est donc celle-ci : le contrat de mariage est un contrat pécuniaire, et, s'il contient des aliénations directes ou indirectes, de la part d'un des futurs époux, ces aliénations ne seront valables que si l'époux qui les a consenties était capable de les faire, d'après sa condition civile.

Toutefois, nous croyons que cette règle reçoit une exception, dont nous allons avoir à indiquer l'étendue, par application de l'article 1393, qui décide que la communauté légale est en France le régime de droit commun.[2]

[1] VI, n° 15 *bis* IX.

[2] Colmet de Santerre, VI, n°s 15 *bis* VII, et 15 *bis* XV; Laurent, XXI, n°s 13-17.

Digitized by Google

**299.** — Pour étudier l'application des principes que nous venons de poser, nous allons examiner successivement les conventions matrimoniales des trois classes de personnes dont l'énumération suit :

§ I. — *Le mineur ;*
§ II. — *La personne pourvue d'un conseil judiciaire ;*
§ III. — *La personne atteinte d'aliénation mentale, interdite ou non.*

## § I

### *Du contrat de mariage du mineur.*

**300.** — L'article 1398 porte, comme nous l'avons déjà vu, que les conventions et donations faites par le mineur habile à contracter mariage sont valables, « pourvu qu'il « ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le « consentement est nécessaire pour la validité du maria- « ge. » En ce qui concerne les conventions matrimoniales, cette disposition se trouve déjà écrite dans l'article 1309 ; et, quant aux donations, l'article 1095 décide qu'avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage, le mineur « pourra « donner tout ce que la loi permet à l'époux majeur de « donner à l'autre conjoint ».

L'ensemble de ces dispositions apporte une triple dérogation au droit commun de la minorité. D'après ce droit commun, ce n'est pas le mineur qui contracte, c'est le tuteur, aux termes de l'article 450 ; ici, c'est le mineur qui stipule ou qui promet. En second lieu, pour le contrat de mariage, le mineur doit être assisté, non par son tuteur, mais par la personne qui doit consentir à son mariage. En troisième lieu, tandis que l'article 903 défend au mineur

Digitized by Google

toute donation, ici il pourra donner à son conjoint, d'une manière aussi étendue que le ferait un majeur.

Voici comment le tribun Siméon justifiait ces dispositions, dans son rapport au Corps législatif :

« Comme il n'y a pas de minorité pour le mariage, il n'y « en a pas pour les conventions qui en sont l'accessoire. « Il serait étrange que celui qui dispose de sa personne ne « pût pas, dans cette occasion, disposer de ses biens. L'au- « torisation du tuteur ou des parents, qui consacre son « engagement, suffit à plus forte raison pour en affermir « les pactes, et exclure tout regret et toute restitution. »[1]

« Comme le mariage, contrat principal, dit M. Colmet de « Santerre, suppose nécessairement l'intervention person- « nelle du mineur, il a paru logique qu'il en fût de même « du contrat de mariage, contrat accessoire, ce qui pou- « vait être admis sans danger, puisqu'on ne conférait pas « au mineur le droit d'agir sans assistance ni autorisa- « tion. »[2]

**301**. — Nous admettons volontiers que, du moment où on donnait la faculté de se marier au mineur, on lui permît de figurer lui-même au contrat de mariage : mais nous éprouvons des doutes sur la valeur des deux autres dérogations apportées au droit commun, celle qui remplace le tuteur par la personne qui doit consentir au mariage, et celle qui permet au mineur toutes les dispositions dont le majeur serait capable.

En premier lieu, pourquoi ne pas demander au tuteur son consentement pour les conventions matrimoniales ? Ainsi le père est excusé, ou, ce qui est plus grave, destitué de la tutelle : c'est lui qui règlera le sort de la fortune du mineur dans le mariage qu'il va contracter, ce qui nous paraît peu logique. Quant à la connexité qui existe entre le mariage et les conventions matrimoniales, nous sommes

[1] Fenet, XIII, p. 811.
[2] VI, 15 *bis* I.

Digitized by Google

loin de la méconnaître, mais cependant ces deux conventions ont une portée toute différente, et, s'agissant de faire des conventions pécuniaires dans le contrat de mariage, il nous semblerait préférable d'en laisser l'examen au gardien de la fortune du mineur.

En second lieu, la liberté absolue donnée au mineur de disposer de ses biens par contrat de mariage nous paraît renfermer un danger.

Elle est contraire aux précédents historiques : dans notre ancien droit, plusieurs restrictions venaient la diminuer.

D'abord, le mineur ne pouvait ameublir ses immeubles propres que s'il n'avait pas de meubles, et encore cet ameublissement devait être réduit au tiers des propres : « Nous avons « cru, dit Lebrun, qu'il fallait aider par cette voie à l'éta- « blissement des mineurs, et que cet ameublissement réduit « au tiers était une convention ordinaire, dont on est capa- « ble dès qu'on est en âge de se marier... Mais si l'ameu- « blissement est excessif, il y faut apporter les mêmes « formalités que pour les autres aliénations de biens de « mineur ».[1]

De plus, toute communauté universelle était prohibée : « Au surplus, continue Lebrun, une communauté de tous « biens, contractée par un mineur, est toujours illicite, *parce* « *qu'elle n'est pas une convention ordinaire* ».[2]

Enfin, même si le mineur avait adopté la communauté légale, les effets en étaient restreints, si sa fortune mobilière personnelle était considérable : « Ce qu'un mineur « qui se marie *de suo*, dit Pothier, a en biens meubles de « plus que le tiers de l'universalité de tous ses biens, n'en- « tre pas dans la communauté légale... Il importe peu que « ce soit son père ou un autre tuteur qui le marie : son « père n'a pas plus de droit qu'un autre tuteur de disposer « du bien de son fils ».[3]

[1] *Traité de la communauté*, Livre I, Chapitre V, nos 2-4.
[2] *Op. et loc. citat.*, no 5.
[3] *Traité de la communauté*, no 103.

Digitized by Google

Aussi Dumoulin, en formulant la règle *habilis ad nuptias*, s'exprimait-il dans les termes suivants : « *Habilis* « *ad nuptias, habilis videtur ad pacta omnia et renun-* « *tiationes quæ apponi in talibus solent* ».[1] Ce n'est donc pas toute convention qui était permise au mineur, mais seulement les conventions qui ne dépassaient pas la limite ordinaire, et qui n'appauvrissaient pas le mineur.

Pourquoi cette innovation des articles 1095 et 1398, et cette liberté absolue donnée au mineur ? L'intervention des personnes qui devront autoriser le mariage ne suffit pas pour la légitimer, car c'est alors cette personne qui dispose, comme le disait Pothier, et non le mineur, qui n'a pas assez d'expérience de la vie pour mesurer la portée des conventions irrévocables par lesquelles il va s'enchaîner. La faveur qui s'attache au mariage ne suffit pas non plus pour l'expliquer : « C'est, dit avec raison M. Laurent, « une étrange anomalie qu'un enfant, qui ne peut donner « un centime à un étranger ou à un proche parent, « puisse disposer de toute sa fortune au profit d'un con- « joint ».[2]

Mieux valaient, selon nous, les restrictions de l'ancien droit que la liberté absolue que nos textes donnent au mineur.

**302.** — L'article 1398 parle du « mineur » : il s'applique donc à tout mineur, émancipé ou non.

Mais il faut au moins, comme le dit le texte, qu'il soit « habile à contracter mariage » : s'il n'avait pas atteint l'âge nubile, le texte cesserait d'être applicable, et le mi-

[1] Lebrun (*Traité de la communauté*, Livre I, Chapitre V), et après lui Troplong (I, nos 265 et 269) citent ce passage de Dumoulin comme emprunté à ses notes sur l'article 161 *De la coutume de Blois ;* nous avons vainement cherché ce passage, qui est certainement mal indiqué. Il ne figure pas dans les notes sur *la coutume de Blois*, au moins dans l'édition que nous avons, celle de 1681, qui passe cependant pour la meilleure.

[2] XXI, n° 21.

Digitized by Google

neur redeviendrait incapable, d'après les règles du droit commun.

Si le mineur, qui n'a pas atteint l'âge nubile, avait obtenu des dispenses d'âge pour contracter mariage, il deviendrait par là même capable d'arrêter ses conventions matrimoniales, dans les termes de l'article 1398 : « La « dispense d'âge pour pouvoir contracter mariage, auto- « risée par l'article 145 du Code civil, dit exactement un « arrêt de la Cour de Bastia, a nécessairement pour effet « d'attribuer tous les devoirs et toutes les capacités que la « loi confère à l'âge requis pour le mariage ».[1]

Quant aux dispenses que le mineur n'obtiendrait qu'après la rédaction du contrat de mariage, elles ne pourraient valider ce contrat : c'est la solution unanimement admise,[2] et nous ajoutons qu'elle se rattache au système général défendu par nous, et qui exclut les nullités relatives dans les contrats de mariage.

Par les mêmes motifs, la nullité du contrat de mariage passé par un mineur qui n'a pas l'âge légal, et qui n'a pas obtenu de dispense, ne serait pas couverte par la célébration du mariage contracté par les époux après avoir atteint l'âge requis. Nous développerons cette proposition en traitant, à la fin de ce paragraphe,[3] des effets de la célébration du mariage sur le contrat de mariage de l'incapable.

**302.** I. — L'article 1398 s'occupe du contrat de mariage du « *mineur* » : Mais est-il applicable à l'homme âgé de plus de vingt et un ans, mais de moins de vingt-cinq ans, et qui, majeur pour les actes ordinaires de la vie civile, d'après l'article 488, doit, pour le mariage, obtenir le consentement de ses ascendants, conformément aux arti-

[1] 3 février 1836, Sirey, 36, II, 247. — Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 20, p. 242.

[2] Duranton XIV, n° 14; Rodière et Pont, I, n° 40; Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 21, p. 242.

[3] *Infrà*, Tome I, n°s 316-320.

Digitized by Google

cles 148 et suivants ? Doit-on le traiter comme un « *majeur* », et l'autoriser à arrêter seul les conventions matrimoniales qu'il lui plait, ainsi qu'à faire des donations par contrat de mariage à son conjoint, ou faut-il le considérer comme « mineur quant au mariage », et, à ce titre, ne lui permettre d'arrêter ses conventions matrimoniales ou de faire des donations à son futur conjoint qu'avec l'assistance des personnes dont le consentement est requis pour la validité de son mariage ?

Nous n'hésitons pas à penser qu'il devra être traité comme un « *majeur* », et qu'il aura le droit de règler seul les conditions de son contrat, et de faire telles libéralités qu'il voudra à son futur conjoint.

Le législateur fixe d'une manière invariable l'époque de la majorité, pour tous les actes de la vie civile, dans l'article 488 : « La majorité est fixée à vingt et un ans accom-« plis ; à cet âge, on est capable de *tous* les actes de la vie « civile, sauf la restriction portée au titre *du mariage* ». Il n'y a donc qu'une restriction à l'étendue des pouvoirs donnés au majeur de vingt et un ans, relativement au mariage ; mais il n'y en a aucune par rapport au contrat de mariage, au règlement des intérêts pécuniaires des époux.

Nous ajouterons que l'article 1398, en employant l'expression « *le mineur* », corrobore notre solution : l'homme âgé de plus de vingt-un ans est majeur, seulement il doit obtenir, pour le mariage, l'autorisation des personnes dénommées aux articles 148 et suivants ; et l'article 1398 ne lui est donc pas applicable, lorsqu'il exige l'assistance au contrat de mariage des personnes qui doivent consentir au mariage du mineur.

On peut, il est vrai, objecter contre notre solution la règle *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, et dire qu'il existe un lien intime entre le mariage et les conventions qui en règlent les effets pécuniaires ; que souvent l'ascendant ne consentira au mariage qu'à raison du contrat

Digitized by Google

de mariage adopté, et qu'il est illogique de permettre à celui qui ne peut se marier seul d'arrêter seul ses conventions matrimoniales.

Nous répondrons, ainsi que nous l'avons déjà dit à propos d'autres questions,[1] que la règle *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, n'est écrite nulle part, pas plus que la prétendue règle de l'indivisibilité du mariage et des conventions matrimoniales ; et il faudrait un texte précis pour déroger à la règle que le majeur est capable de tous les actes de la vie civile.

Quant à l'ascendant, il a un moyen indirect de contraindre le fils à adopter un régime qui lui convienne, à lui ascendant, ou à ne faire que des libéralités qu'il approuve : c'est de ne consentir au mariage qu'à cette condition.[2]

**303.** — L'étude des conventions matrimoniales du mineur comporte l'examen de trois questions :

A. — *Quelles conventions sont autorisées par l'article 1398 ;*

B. — *Quelles personnes doivent assister le mineur, et en quelle forme ;*

C. — *Quels sont les effets de la nullité du contrat de mariage du mineur.*

**304.** — A. *Quelles conventions sont autorisées par l'article 1398.* — Nous pouvons poser en principe que le mineur, habile à contracter mariage et dûment assisté, peut arrêter toutes les conventions et donations dont est susceptible un contrat de mariage, choix d'un régime, donations soit de biens présents, soit de biens à venir, etc...

Toutefois l'article 2140 défend à la femme mineure toute clause qui tendrait à réduire son hypothèque légale ; c'est ce qui résulte du texte de cet article : « Lorsque, dans le

[1] *Suprà*, Tome I, nos 296-298.

[2] *Sic* Thiry, *Du contrat de mariage des mineurs*, p. 8-9; Demolombe, *Cours de Code civil*, XXIII, n° 430.



Digitized by Google

« contrat de mariage, les parties *majeures* seront convenues « qu'il ne sera pris inscription que sur un ou certains « immeubles du mari, les immeubles qui ne seraient pas « indiqués pour l'inscription resteront libres et affranchis « de l'hypothèque de la femme... »[1] Nous sommes loin de blâmer cette restriction apportée aux pouvoirs de l'époux mineur, mais il nous semble qu'elle justifie nos critiques contre la liberté absolue donnée au mineur par l'article 1398, car elle prouve qu'aux yeux du législateur lui-même le mineur, assisté et autorisé, ne peut pas stipuler comme le ferait un majeur.

**305.** — Ce qui est permis au mineur, c'est comme le dit l'article 1398, « les conventions dont le contrat de « mariage est susceptible ». Cette formule exacte exclut toute convention qui serait étrangère, soit aux rapports pécuniaires des époux, soit aux libéralités qu'ils reçoivent ou qu'ils veulent se faire, et qui serait relative aux rapports d'intérêts des époux, ou de l'un d'eux, avec des tiers : ces dernières clauses, bien qu'insérées dans un contrat de mariage, ne sont pas des conventions matrimoniales, et le mineur devra être représenté d'après les règles du droit commun, pour y procéder valablement.

C'est ainsi qu'il ne faudrait pas considérer comme permises par l'article 1398 la cession que ferait l'époux mineur, par le contrat de mariage, de ses droits dans une succession ;[2] ni une prétendue donation, qui ne serait en réalité que la reconnaissance d'un droit de propriété appartenant à l'un des futurs époux ;[3] ni la reddition d'un compte

[1] Rodière et Pont, I, n° 41 ; Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 24, p. 243 ; Pont, *Traité des hypothèques*, I, n° 551 ; Troplong, *Traité des hypothèques*, II, n° 637 *bis*.

[2] Grenoble, 5 août 1859, Sirey, 61, II, 21, et Dalloz, 62, II, 39 ; Limoges, 29 janvier 1862, Sirey, 62, II, 382, et Dalloz, 62, II, 39 ; Limoges, 29 janvier 1879, Sirey, 79, II, 232, et Dalloz, 80, II, 255.

[3] Cassation, 11 décembre 1882, Sirey, 83, I, 411 ; Dalloz, 83, I, 132 ; et *France judiciaire*, 82-83, p. 270.

Digitized by Google

de tutelle, qui est toujours soumise aux formalités de l'article 472;[1] ni une clause qualifiée donation, mais renfermant en réalité plus de charges que d'avantages pour l'époux prétendu donataire.[2]

Dans tous ces cas, et autres semblables, où il ne s'agit ni de conventions matrimoniales entre les époux, ni de donations faites par l'un des deux à l'autre, ou à l'un d'eux par des tiers, mais bien, suivant l'expression exacte d'un arrêt de la Cour de Cassation, « de conventions étrangères « à la formation et au règlement de l'association conju- « gale, »[3] l'article 1398 cesse d'être applicable.[4]

**306.** — La femme mineure peut-elle, en adoptant le régime dotal, stipuler que ses immeubles dotaux seront aliénables? La question avait été discutée dans les premiers temps qui ont suivi la promulgation du Code, mais on s'accorde maintenant à reconnaître que cette clause est valable : en effet, si, dans certaines provinces de droit écrit, l'inaliénabilité dotale pouvait dans notre ancien droit être considérée comme une disposition d'ordre public, à laquelle la volonté d'un incapable ne pouvait déroger, il en est tout différemment aujourd'hui. Le régime dotal n'a d'autre valeur que celle que lui donne la volonté des parties qui l'adoptent : elles peuvent ne pas l'adopter, à plus forte raison peuvent-elles en atténuer les effets en supprimant l'inaliénabilité dotale.[5]

[1] Montpellier, 18 mars 1868, Sirey, 68, II, 119.

[2] Riom, 11 juillet 1864, Sirey, 64, II, 161, et Dalloz, 67, I, 475; Cassation, 10 décembre 1867, Sirey, 68, I, 121, et Dalloz, 67, I, 475.

[3] Cassation, 23 février 1869, Sirey, 69, I, 193, et Dalloz, 69, I, 179.

[4] Rodière et Pont, I, n° 41; Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 29, p. 242; Laurent, XXI, n° 23; Larombière, *Des obligations*, IV, article 1309, II.

[5] Nîmes, 6 janvier 1825, Sirey, c. n., VIII, II, 15; Agen, 25 avril 1831, Sirey, 31, II, 154; Riom, 3 novembre 1840, Sirey, 41, II, 17. — Rodière et Pont, I, n° 41; Troplong, I, n° 273; Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 25, p. 243. — *Contrà*, Riom, 19 novembre 1809, Sirey, c. n., III, II, 147; Agen, 15 janvier 1824, Sirey, c. n., VII, II, 292.

Digitized by Google

La femme mineure, qui confère ainsi à son mari le pouvoir d'aliéner ses immeubles, peut-elle en même temps lui donner le droit de les aliéner sans observer les formalités de justice ? Peut-elle, notamment, lui donner le droit de faire le partage amiable et définitif d'une succession dont elle est héritière ?

La négative est soutenue : les formes protectrices qui entourent l'aliénation des biens de mineur sont, dit-on, d'ordre public, et l'article 6 du Code civil frappe de nullité toute renonciation à un droit d'ordre public. On ajoute que les formes prescrites pour l'aliénation des biens de mineur n'ont rien de commun avec les conventions matrimoniales, et que la liberté donnée par la loi au mineur ne s'applique qu'à ces conventions.[1]

L'affirmative nous paraît plus en harmonie avec les dispositions de l'article 1398. Il y aurait, comme le disent très bien MM. Aubry et Rau, une véritable inconséquence à donner à la femme le droit de consentir par le contrat de mariage toutes les conventions qu'elle aurait le droit de faire si elle était majeure, de lui conférer une majorité anticipée pour ces conventions, puis, lorsqu'il s'agirait de leur exécution, de la replacer en minorité.[2]

Mais, pour que le mari ait ce droit, il faut que la femme le lui ait formellement accordé par le contrat : si le contrat est muet sur les formes de l'aliénation qu'il permet, cette aliénation ne pourra avoir lieu que dans les formes prescrites pour les biens de mineur. En effet, la capacité que l'article 1398 accorde au mineur est limitée aux stipulations contenues dans le contrat de mariage : tout ce que la femme mineure n'a pas réglé par ce contrat ne peut plus

[1] Bordeaux, 25 janvier et 1er février 1826, Sirey, c. N., VIII, II, 184. — Laurent, XXI, n° 28.

[2] Cassation, 12 janvier 1847, Sirey, 47, I, 241, et Dalloz, 47, I, 225. — Troplong, I, n° 275 ; Rodière et Pont, I, n° 41 ; Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 26, p. 243.

Digitized by Google

l'être, après le mariage, que dans la forme prescrite pour les biens de mineur.[1]

**307**. — La règle de l'article 1398 s'applique à toutes les conventions relatives au mariage que le contrat peut renfermer : ainsi, lorsque des parents font, dans le contrat de mariage d'un de leurs enfants, le partage de leurs biens entre ceux-ci, cette donation partage sera soumise à deux catégories de règles. Vis-à-vis des autres enfants, elle reste soumise aux règles ordinaires des donations partage ; mais, vis-à-vis de l'enfant dans le contrat de mariage duquel elle est contenue, elle est soumise aux règles spéciales de l'article 1398.

C'est ainsi, notamment, qu'elle pourra être valablement acceptée par l'époux mineur lui-même, avec l'assistance de ses père et mère, et contrairement aux dispositions de l'article 935, lorsqu'il s'agit de donations ordinaires.[2]

**308**. — B. *Quelles personnes doivent assister le mineur et en quelle forme.* — L'article 1398 dit que le mineur doit être assisté des « personnes dont le consentement est né« cessaire pour la validité du mariage. » Il devra donc être assisté par le père ; à défaut du père, par la mère, même si elle est remariée et dépouillée de la tutelle.[3] Nous avons dit, en effet, que le droit d'assistance accordé par l'article 1398 était donné uniquement aux représentants de la puissance paternelle, et non à ceux auxquels est confiée l'administration tutélaire.

Si l'époux mineur n'a plus ni père ni mère, il devra être assisté par ses ascendants, comme pour le mariage ; et,

[1] Grenoble, 16 décembre 1848, Sirey, 49, II, 417, et Dalloz, 49, II, 189. — Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 27, p. 243-244 ; Laurent, XXI, n° 28.

[2] Lyon, 30 décembre 1874, Dalloz, 77, II, 212.

[3] Bastia, 3 février 1836, Sirey, 36, II, 247; Riom, 11 juillet 1864, Sirey, 64, II, 161, et Dalloz, 67, I, 475. — Troplong, I, n° 281 ; Rodière et Pont, I, n° 42.

Digitized by Google

comme pour le mariage aussi, s'il y a dissentiment entre les deux lignes, le partage emportera consentement.

**309.** — L'ascendant pourrait-il assister le mineur, s'il existait une opposition d'intérêts entre eux à propos de quelque clause du contrat de mariage, comme si, par exemple, le contrat de mariage contenait ratification d'un partage antérieur annulable que l'ascendant a intérêt à voir ratifier ?

La question est controversée.

Pour soutenir que l'ascendant n'a plus, en pareil cas, qualité pour assister le mineur, on invoque des arguments dont nous ne méconnaissons pas la gravité. La règle que celui-là, qui est partie dans un contrat, ne peut pas autoriser l'autre contractant est, dit-on, une règle inséparable de l'idée de protection : l'opposition d'intérêts place celui qui doit autoriser entre ses intérêts personnels et son devoir de protecteur, et la loi ne veut pas, avec raison, de cette alternative ; l'autorisation ne peut émaner que d'une personne impartiale et désintéressée.

C'est ainsi que, dans le cas d'opposition d'intérêts avec l'incapable, la loi n'admet ni l'exercice du pouvoir tutélaire, ni l'autorisation donnée par le curateur du mineur émancipé ou le conseil judiciaire du prodigue, ni même l'acceptation d'une donation par un ascendant.[1]

La situation est la même lorsqu'il s'agit d'autoriser les conventions matrimoniales du mineur, et la solution doit être identique.[2]

**310.** — Malgré la gravité de cette argumentation, nous croyons plus conforme au texte de l'article 1398, et à la pensée de ce texte, de déclarer valable l'autorisation donnée par l'ascendant, même en cas d'opposition d'intérêts.

[1] Lyon, 24 juin 1868, Sirey, 69, II, 41.

[2] Riom, 11 juillet 1864, Sirey, 64, II, 61, et Dalloz, 67, I, 475. — Labbé, *Dissertation*, Sirey, 69, I, 193.

Digitized by Google

Au texte d'abord : « Les conventions..... sont valables « pourvu qu'il ait été assisté dans le contrat des personnes « dont le consentement est nécessaire pour la validité du « mariage..... » Le texte ne distingue donc pas, suivant que l'ascendant a intérêt ou non dans les conventions qu'il autorise.

A la pensée du texte : « La loi, dit un arrêt très bien mo- « tivé de la Cour de Cassation, en donnant exclusivement « à ceux dont le consentement est nécessaire pour la vali- « dité du mariage qualité pour assister le mineur dans son « contrat de mariage, et en réunissant indivisiblement « ces deux attributions dans la même personne, a pensé « avec raison que celui qui présentait des garanties suffi- « santes pour autoriser le mineur à faire l'acte le plus « important de la vie, et qui engage au plus haut degré « ses intérêts de toute sorte, présentait au moins les « mêmes garanties pour l'habiliter à faire des conventions « matrimoniales, et qu'il n'aurait en vue que l'intérêt du « mineur, aussi bien pour l'assister dans les conventions « que le mariage rend nécessaire, que pour consentir à son « mariage. »[1]

Ajoutons que les inconvénients que signale l'opinion que nous combattons sont, à notre avis, moins graves qu'elle ne les représente : pour que l'autorisation donnée par l'ascendant soit valable, il faut qu'il s'agisse réellement de conventions matrimoniales, c'est-à-dire de conventions faites en vue du mariage, et dans l'intérêt des époux ; mais s'il s'agit de conventions étrangères à la formation et au règlement de l'association conjugale, elles ne seront pas protégées par l'article 1398.[2] A ce moyen il n'y a pas à craindre que l'ascendant sacrifie les intérêts du futur époux aux siens propres, en supposant que l'affection paternelle ne suffise pas à empêcher un calcul aussi triste.[3]

[1] Arrêt cité *infrà*, du 23 février 1869.

[2] *Voir* les autorités citées *suprâ*, Tome I, n° 189.

[3] Cassation, 23 février 1869, Sirey, 69, I, 193, et Dalloz, 69, I, 179. — Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 22, p. 242.

Digitized by Google

**311.** — Si l'époux mineur est un enfant naturel reconnu, et que le père et la mère qui l'ont reconnu soient décédés, il devra être assisté pour le mariage, et par suite pour la rédaction des conventions matrimoniales, par un tuteur *ad hoc*, conformément aux dispositions de l'article 159 : mais par qui ce tuteur devra-t-il être nommé ? Est-ce par le tribunal, ou par un conseil de famille composé d'amis ?

La question est discutée, mais comme elle rentre dans l'étude de l'article 159, et non dans celle du contrat de mariage, nous nous bornons à constater que, si quelques auteurs soutiennent que la nomination doit être faite par le tribunal,[1] l'opinion la plus accréditée enseigne que cette nomination doit émaner d'un conseil de famille composé d'amis.[2]

**312.** — Si l'époux mineur n'a pas d'ascendants, l'autorisation doit lui être donnée pour le mariage, et par suite pour le contrat de mariage, par le conseil de famille, d'après l'article 160.

On a soutenu que la décision du conseil de famille, soit qu'elle autorise le contrat projeté, soit qu'elle le refuse, pouvait être déférée par les membres de la minorité au tribunal, conformément aux dispositions générales de l'article 883 du Code de procédure civile.[3] Cette question sort aussi de notre domaine, car elle se rattache à l'examen de l'article 160. Aussi nous nous contentons de renvoyer à la dissertation dans laquelle M. Demolombe nous semble avoir démontré que la décision du conseil de famille était souveraine, qu'elle n'avait pas besoin d'être homologuée,

[1] Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, I, p. 155; Laurent II, n° 345.

[2] Demolombe, III, n° 89; Aubry et Rau, V, § 462, texte et note 71, p. 80.

[3] Valette, sur Proudhon, I, p. 499, note *a*; Rodière et Pont, I, n° 43.

Digitized by Google

et que la minorité dissidente ne pouvait la déférer aux tribunaux.[1]

**313.** — En quelle forme le consentement des personnes qui assistent le mineur doit-il être donné ? L'article 1398 dit que le mineur doit être « *assisté dans le contrat*, des « personnes dont le consentement est nécessaire pour la « validité du mariage ».

Cette formule, dit une première opinion, implique la présence effective de ces personnes au moment de la rédaction du contrat : elles ne pouvaient donc donner leur consentement avant le contrat, même si elles le donnaient par acte authentique, et que cet acte indiquât toutes les clauses que devra plus tard contenir le contrat de mariage. En effet, dit-on, l'expression « *assistance* » de l'article 1398, les expressions « *consentement et assistance* » de l'article 1095 supposent un consentement donné au moment même de l'acte, par une personne qui y figure. On ajoute que cette exigence est fondée en raison : le notaire a pour mission d'éclairer les parties sur le sens et la portée des conventions qu'elles vont arrêter, et il faut que la partie qui assiste le mineur soit présente à cet examen contradictoire, qui seul peut lui permettre de donner son consentement en connaissance de cause.

D'où cette opinion conclut, d'abord, que le consentement de la personne qui doit assister le mineur ne peut être donné à l'avance, même par un acte authentique et détaillé ; et, en second lieu, que cette personne ne pourra se faire représenter par un mandataire ; solution qu'il faudra appliquer, même si le consentement doit émaner du conseil de famille, dont tous les membres devront être présents au contrat de mariage.[2]

**314.** — Nous croyons que cette opinion, rigoureuse et

[1] Demolombe, III, n° 86.

[2] Thiry, *Du contrat de mariage des mineurs*, p. 13-19 ; Laurent, XXI, n° 24-26.

Digitized by Google

véritablement impraticable dans certaines situations, doit être écartée ; et que l'assistance réelle au contrat peut être remplacée soit par un acte de consentement, authentique et spécial, portant en détail les conventions que cette personne autorise, soit par une procuration présentant les mêmes conditions d'authenticité et de précision.

Faisons remarquer, d'abord, que la présence réelle de la personne qui doit autoriser est parfois impossible, si nous la supposons malade ou éloignée : faudra-t-il attendre sa guérison ou aller chez elle pour faire le contrat de mariage ? Cette difficulté, disons mieux, cette impossibilité, se présentera plus fréquemment encore lorsque le consentement doit émaner du conseil de famille ; à ce point qu'un partisan de la doctrine que nous combattons admet les membres du conseil de famille à se faire représenter par mandataire.[1]

D'un autre côté, lorsque la délibération du conseil de famille, ou l'acte qui contient le consentement ou la procuration sont détaillés, et indiquent toutes les conventions qui seront plus tard reproduites dans le contrat de mariage, il nous semble que le but de la loi est rempli, et que le mineur a été entouré de la protection que la loi a voulu lui assurer.

L'opinion que nous combattons fait remarquer que la présence simultanée de toutes les personnes qui doivent être parties au contrat présente des avantages, que nous ne méconnaissons pas dans une certaine mesure, pour mieux les éclairer sur la portée des clauses du contrat. Mais nous répondrons que cette présence simultanée n'est exigée que par l'article 1396, lorsqu'il s'agit des contre-lettres ; et que l'expression *assistance* de l'article 1398 est loin d'avoir la même portée, car nous assistons à un acte soit par nous-mêmes, soit par un mandataire qui nous représente.

Nous ajoutons que le législateur a bien fait de ne pas

[1] Odier, *Du contrat de mariage*, II, n° 609.

Digitized by Google

exiger cette présence effective, qui eût été parfois un obstacle insurmontable à la rédaction du contrat de mariage, et qui est suffisamment remplacée par une délibération ou un acte détaillé, précis, constituant un consentement éclairé aux conventions matrimoniales du mineur.[1]

**315.** — Dans l'opinion que nous adoptons, l'autorisation préalable donnée aux conventions matrimoniales n'est valable qu'à la condition d'être spéciale, détaillée, d'indiquer toutes les conventions qui seront contenues dans le contrat.

Ainsi il faudrait considérer comme nulle la procuration donnée par l'ascendant à un mandataire, qu'il investirait d'un pouvoir général et illimité d'autoriser le mineur à faire toute espèce de conventions et de donations, ou la délibération par laquelle le conseil de famille, sans spécifier les conventions qu'il autorise, déléguerait le tuteur ou quelque membre du conseil pour assister le mineur dans la rédaction du contrat de mariage. Ce n'est plus alors une protection donnée par l'ascendant ou par le conseil de famille, c'est une abdication de leur pouvoir tutélaire au profit du mandataire ou du membre du conseil désigné.[2]

Si les pouvoirs du délégué étaient insuffisants, le notaire qui reçoit le contrat de mariage serait responsable de la nullité du contrat vis-à-vis des parties, car il a manqué à l'un des devoirs de sa profession, celui d'éclairer les parties

[1] Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 28 et 29, p. 244-245 ; Colmet de Santerre, VI, n° 15 *bis* III et 15 *bis* IV ; Demolombe, XXIII, n° 431.

[2] Cassation, 19 mars 1838, Sirey, 38, I, 200 ; Cassation, 15 novembre 1858, Sirey, 59, I, 385, et Dalloz, 58, I, 439 ; Limoges, 16 avril 1869, Sirey, 70, II, 208, et Dalloz, 71, II, 167 ; Rennes, 4 mai 1878, Sirey, 80, I, 166, et Dalloz, 79, II, 1 ; Cassation, 16 juin 1879, Sirey, 80, I, 166, et Dalloz, 80, I, 415. — Aubry et Rau, V, § 502, texte et notes 28 et 29, p. 244-245 ; Demolombe, XXIII, n° 432. — *Contrà*, Rodière et Pont, I, n° 44.

Digitized by Google

sur les conséquences des actes qu'elles passent devant lui, et aussi au devoir qui lui incombe de vérifier la capacité des personnes qui figurent dans les actes qu'il reçoit.[1]

Enfin nous disons que la procuration donnée par l'ascendant doit être authentique : nous en trouvons la preuve dans les articles 36 et 73, qui exigent cette authenticité si l'ascendant donne une procuration pour consentir au mariage ; les formes de la procuration doivent être les mêmes pour assister au contrat de mariage, acte solennel qui est l'accessoire du mariage.

**316.** — C. *Quels sont les effets de la nullité du contrat de mariage du mineur.* — Nous retrouvons ici une question que nous avons déjà rencontrée plusieurs fois, la question de la nullité absolue ou de la nullité relative du contrat de mariage ; et, fidèle à la doctrine que nous avons soutenue à propos des nullités de forme du contrat de mariage ou des contre-lettres, à propos de l'absence des futurs époux et à propos des vices du consentement, nous dirons que la nullité qui résulte de ce que le mineur n'a pas été régulièrement assisté, lors de la rédaction de son contrat de mariage, est une nullité absolue.

Les motifs que nous donnerons à l'appui de cette solution sont les mêmes que ceux par nous donnés, pour combattre la théorie de la nullité relative à propos des vices du consentement.[3] Le contrat de mariage est un acte solennel, irrévocable, qui intéresse non seulement les futurs époux, mais aussi les enfants à naître de leur union, et les tiers qui traiteront avec eux pendant le cours du mariage : il faut que l'on sache, au moment où il est fait, si cet acte important est valable ou nul ; il faut que celui des futurs époux, en faveur duquel la nullité existerait, ne soit pas

[1] *Arrêts précités* de Rennes, 4 mai 1878, et de Cassation, 16 juin 1879.

[2] Aubry et Rau, V, § 502, texte, p. 244; Demolombe, n° 432. — *Contrà*, Rodière et Pont, I, n° 44.

[3] *Suprà*, Tome I, n°s 283-291.

Digitized by Google

libre d'agir ou de ne pas agir, à son gré. Du moment où le contrat n'accomplit pas les conditions internes ou externes prescrites par la loi, il est nul d'une nullité absolue, que tous les intéressés peuvent invoquer.

« Attendu, dit la Cour de Cassation dans son arrêt du « 5 mars 1855, qu'aux termes des articles 1394 et 1395 « toutes conventions matrimoniales doivent être rédigées « avant le mariage, par acte devant le notaire, et qu'elles ne « peuvent recevoir aucun changement après la célébration « du mariage ;

« Attendu que la solennité et l'immutabilité du pacte « matrimonial n'intéressent pas seulement les époux, les « deux familles qui s'unissent et les enfants à naître, « qu'elles intéressent aussi les tiers dans leurs relations « avec les époux et avec les ayants droit de ceux-ci ;

« Attendu qu'aux termes de l'article 1398 les conven- « tions et les donations faites dans le contrat par le mi- « neur habile à contracter mariage, ne sont valables que « s'il a été assisté par les personnes dont le consentement « est nécessaire pour la validité du mariage ;

« Attendu que s'il dépendait de l'époux qui, après le « mariage, a contracté avec des tiers, de faire tomber ou « de laisser subsister les conventions matrimoniales, se- « lon qu'il lui plairait d'en demander ou de n'en pas de- « mander la nullité, la condition des tiers demeurerait « perpétuellement incertaine, et qu'à leur égard le pacte « matrimonial perdrait le caractère d'immutabilité que la « loi a voulu y attacher ;

« Attendu qu'il n'y a pas lieu, en cette matière, à faire « l'application de la règle en vertu de laquelle le mineur « peut seul attaquer les actes par lui consentis hors des « limites de sa capacité, et que les tiers doivent être reçus « à exciper de la nullité du contrat de mariage à laquelle « ils ont intérêt. »[1]

[1] Arrêt cité, *infrà*, du 5 mars 1855.

Digitized by Google

**317.** — Pour combattre cette solution, et pour soutenir que la nullité résultant du défaut d'assistance du mineur n'est que relative, on invoque l'article 1125, aux termes duquel les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur ; et l'on ajoute qu'il n'y a pas de raison suffisante pour écarter l'application de ce texte lorsqu'il s'agit de règler, entre les époux eux-mêmes, les effets du contrat de mariage passé par un incapable. Toutefois cette opinion reconnaît que, pendant le mariage, cette nullité ne pourra être ratifiée par l'époux incapable, et même que les tiers intéressés pourront s'en prévaloir ; mais ce n'est pas là, dit-on, une exception à l'article 1125, c'est l'application de ce principe que « la nullité d'un con-« trat qui peut être opposé aux tiers intéresse les tiers. »[1]

Nous répondrons que l'article 1125 n'est écrit que pour les contrats ordinaires, ceux qui ne produisent effet qu'entre les parties contractantes ; mais le contrat de mariage a une portée beaucoup plus étendue, il est la loi des tiers qui traiteront avec les époux pendant la durée du mariage, et à cause de cela les tiers qu'il intéresse en peuvent invoquer la nullité. L'opinion que nous combattons admet cette première conséquence, mais elle dérive précisément du caractère absolu de la nullité du contrat de mariage ; si la nullité était relative, il n'y aurait que le mineur, ou ceux qui ont le droit d'exercer ses actions, qui pourraient s'en prévaloir.

Nous ajoutons que l'immutabilité des conventions matrimoniales s'oppose à toute ratification de cette nullité, non seulement pendant le mariage, mais après sa dissolution : nous croyons avoir démontré cette proposition en traitant des vices du consentement dans le contrat de mariage.[2]

[1] Laurent, XXI, n° 35. — *Sic*, Rodière et Pont, I, n° 46; Troplong, I, n° 288; Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 30, p. 245; Colmet de Santerre, VI, n° 15 *bis* V; Larombière, *Des obligations*, article 1125, VI.

[2] *Suprà*, Tome I, n°s 283-291.

Digitized by Google

Enfin nous disons que, si les tiers peuvent demander la nullité du contrat de mariage de l'incapable, et si cette nullité ne peut jamais être ratifiée, elle pourra être invoquée même par l'époux capable : il n'y a en effet que deux classes de nullité, les unes absolues, les autres relatives, et on reconnaît ces dernières à ce double caractère qu'elles ne peuvent être invoquées que par la partie en faveur de laquelle elles sont introduites, et qu'elles ne peuvent être ratifiées. Nous ne pouvons admettre, pour notre part, cette classe spéciale de nullités qu'on voudrait introduire à propos du contrat de mariage, que les tiers pourraient invoquer, qui pourraient être ratifiées après le mariage, mais qui ne pourraient l'être pendant le mariage, et qui cependant seraient des nullités relatives.

Notre conclusion est donc que le contrat de mariage, nul par suite de l'incapacité du mineur, est nul d'une nullité absolue, proposable par tout intéressé, pouvant être invoquée pendant trente ans, et qui ne peut être ratifiée.[1]

**318.** — La nullité du contrat de mariage du mineur étant absolue, elle ne peut être ratifiée ni par le silence du mineur devenu majeur, si prolongé que soit ce silence ;[2] ni par le consentement ultérieur du conseil de famille qui devait assister le mineur, ce consentement fût-il produit à l'officier de l'état civil au moment de la célébration du mariage ;[3] ni par la circonstance que le mariage, qui était entaché du même vice que le contrat, aurait été validé dans les conditions de l'article 183 : les dispositions de cet

[1] Cassation, 5 mars 1855, Sirey, 55, I, 348, et Dalloz, 55, I, 103; Cassation, 19 juin 1872, Sirey, 72, I, 281, et Dalloz, 72, I, 346; Nîmes, 9 mars 1875, Sirey, 76, I, 181; Cassation, 16 juin 1879, Sirey, 80, I, 166, et Dalloz, 80, I, 415. — Demolombe, XXIII, n° 433; Thiry, *Du contrat de mariage des mineurs*, § IV, p. 33-46; Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales de Code Napoléon*, I, n°s 600-609; de Folleville, *Traité du contrat pécuniaire de mariage*, n°s 112 et suiv.

[2] Bourges, 18 novembre 1856, Sirey, 57, II, 299.

[3] Cassation, 20 juillet 1859, Sirey, 59, I, 849, et Dalloz, 59, I, 279.

Digitized by Google

article ne concernent que le mariage, point le contrat de mariage qui l'a précédé.[1]

Ajoutons que la nullité étant absolue, il n'y a pas à examiner si le mineur a été ou non lésé par le contrat qu'il a passé sans assistance : la question de savoir si le mineur est restitué *tanquam minor aut tanquam læsus* ne peut naître que s'il s'agit d'une nullité relative, proposable par le mineur seul.[2]

**319.** — La nullité du contrat de mariage entraîne non seulement la nullité des clauses relatives au régime adopté par les époux, mais encore la nullité de toutes les conventions dont le contrat de mariage est susceptible, notamment des donations de biens à venir qui y sont contenues, et même des donations de biens présents qui n'auraient pas été régulièrement acceptées : ces donations ne peuvent être faites que par contrat de mariage, et du moment où l'acte qui les contient est nul, elles sont elles-mêmes nulles, comme étant des clauses inséparables d'un acte dont la nullité est prononcée.[3]

Il en serait différemment si ces conventions, tout en étant contenues dans le contrat de mariage, avaient une existence propre, comme une donation de biens présents régulièrement acceptée : cette convention est alors valable, car il y a en réalité dans le contrat de mariage deux choses, des conventions matrimoniales, nulles comme telles, et une donation indépendante et valable.[4]

**320.** — Le contrat de mariage du mineur étant annulé, sous quel régime les époux seront-il mariés ?

Sous le régime de la société d'acquêts, dit une première opinion. « La communauté, dit M. Bertauld, est en effet le « régime légal ; j'en détache seulement les conséquences

[1] Riom, 23 juin 1853, Sirey, 54, II, 37, et Dalloz, 55, II, 321 ; Cassation, 13 juillet 1857, Sirey, 57, I, 801, et Dalloz, 57, I, 334.

[2] Cassation, *Arrêt précité* du 13 juillet 1857.

[3] Cassation, 19 juin 1872, Sirey, 72, I, 281, et Dalloz, 72, I, 346.

[4] Nîmes, 30 août 1854, Dalloz, 56, II, 107.

Digitized by Google

« auxquelles les contractants n'ont pas eu capacité pour « se soumettre ; j'applique le principe de la loi ; je me « conforme à son vœu, mais avec les restrictions et les « tempéraments que comporte la situation ; je n'admets « pas par voie indirecte ce qui ne pourrait se faire direc- « tement ; je repousse les aliénations, les abandons, et je « ne laisse à la volonté de la loi, qui remplace la volonté « contractuelle absente, que la puissance d'opérer la con- « fusion des revenus et des économies ».[1]

Nous croyons que les époux seront mariés sous le régime de la communauté légale. Aux termes de l'article 1393, ce régime forme le droit commun de la France, c'est le régime des époux qui se sont mariés sans contrat ; et nous ajoutons que c'est le régime des époux dont le contrat est annulé. Supposons qu'un mineur, dûment assisté, se marie sans avoir fait de contrat de mariage : il nous paraît impossible de ne pas lui appliquer la règle de l'article 1393, et de ne pas déclarer qu'il est marié sous le régime de la communauté légale, puisque l'article 1393 ne distingue pas entre l'époux majeur et l'époux mineur. S'il en est ainsi pour l'époux mineur qui n'a pas fait de contrat, la solution doit être la même pour l'époux mineur dont le contrat est annulé.

D'ailleurs, du moment où l'on n'applique pas les règles de la communauté légale, pourquoi réputer les époux mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts ? Nous verrons tout à l'heure que la même question se présente pour la personne pourvue d'un conseil judiciaire, et qu'une opinion soutient que les époux seront mariés sous le régime de la séparation de biens : [2] il n'y a aucun motif pour ne pas soutenir la même théorie à propos du mineur, et il paraîtrait même plus logique de décider en faveur du

[1] *Questions pratiques et doctrinales de Code Napoléon*, I, n°s 620-623.

[2] Demolombe, VIII, n° 740.



Digitized by Google

régime de la séparation de biens, qui sauvegarde mieux le patrimoine de l'incapable.

Nous croyons qu'en dehors de l'article 1393, et du régime de la communauté légale qu'il proclame, tout est arbitraire : aussi concluons-nous, avec une jurisprudence qu'on peut considérer maintenant comme définitive, que la communauté sera le régime matrimonial du mineur dont le contrat est annulé.[1]

## § II

### *Du contrat de mariage de la personne pourvue d'un conseil judiciaire.*

**321.** — Les développements que nous avons présentés au début de cette section,[2] en examinant quelle était la capacité requise des futurs époux pour pouvoir arrêter leurs conventions matrimoniales, va nous permettre d'être très bref sur la question du contrat de mariage de la personne pourvue d'un conseil judiciaire, car nous n'aurons qu'à appliquer les principes que nous avons posés à ce moment.

Nous avons dit qu'il fallait avoir, pour faire un contrat de mariage, la capacité nécessaire pour le genre de conventions matrimoniales que l'on veut adopter : mais nous

[1] Riom, 23 juin 1853, Sirey, 54, II, 37, et Dalloz, 55, II, 321; Cassation, 5 mars 1855, Sirey, 55, I, 348, et Dalloz, 55, I, 103; Cassation, 15 novembre 1858, Sirey, 59, I, 385, et Dalloz, 58, I, 439; Cassation, 20 juillet 1859, Sirey, 59, I, 849, et Dalloz, 59, I, 279; Limoges, 17 avril 1869, Sirey, 70, II, 208, et Dalloz, 71, II, 167; Nîmes, 9 mars 1875, Sirey, 76, II, 181; Cassation, 16 juin 1879, Sirey, 80, I, 116, et Dalloz, 80, I, 415. — Troplong, I, n° 284; Rodière et Pont, I, n° 181; Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 31, p. 248; Laurent, XXI, n° 36.

[2] *Suprà*, Tome I, n°s 296-298.

Digitized by Google

avons ajouté qu'il fallait, en ce qui concerne la communauté légale, apporter une restriction à cette formule. En effet, le législateur, en décidant d'une façon absolue, dans l'article 1393, que la communauté légale était le régime des époux qui se mariaient sans contrat, n'a point soumis l'acceptation de ce régime aux règles ordinaires sur la capacité d'aliéner : il a vu dans le régime de la communauté légale une sorte de balance entre les intérêts des deux époux, et, à côté de l'aliénation qu'elle renferme éventuellement, une acquisition, éventuelle aussi, qui en diminue les dangers.

Nous concluons de ces principes que si la personne pourvue d'un conseil judiciaire se marie sans avoir fait de contrat, elle sera mariée sous le régime de la communauté légale,[1] et, si elle fait un contrat, elle peut adopter ce régime sans avoir besoin de l'assistance de ce conseil.

A plus forte raison pourrait-elle adopter seule un régime de communauté moins étendu que le régime de la communauté légale, par exemple la communauté réduite aux acquêts ; ou le régime de la séparation de biens, qui sauvegarde mieux encore les intérêts de l'incapable, puisque la propriété et la jouissance de la fortune des deux époux leur restent propres.[2]

Quant au régime dotal ou au régime exclusif de communauté, nous croyons que la personne pourvue d'un conseil judiciaire peut les adopter sans assistance, car ni l'un ni l'autre de ces régimes n'entraîne aliénation des

[1] Agen, 21 juillet 1857, Sirey, 57, II, 530, et Dalloz, 57, II, 168; Limoges, 27 mai 1867, Sirey, 67, II, 337; Caen, 20 mars 1878, Sirey, 78, II, 105. — Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 12, p. 236-238; Colmet de Santerre, VI, n° 15 *bis* XIV; Laurent, XXI, n°s 40-41; de Folleville, *Traité du contrat pécuniaire de mariage*, I, n° 110 *bis*. — *Contrà*, en faveur du régime de la séparation de biens, Demolombe, VIII, n° 737; et, en faveur du régime de la communauté réduite aux acquêts, Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales de Code Napoléon*, I, n°s 620 et suiv.

[2] Aubry et Rau et Colmet de Santerre, *Op. et loc. citat.*

Digitized by Google

biens de l'un ou l'autre des époux, mais seulement l'adoption d'un certain mode de jouissance des revenus de ces biens.[1]

Mais la personne pourvue d'un conseil judiciaire ne pourra ni adopter seule un régime emportant aliénation des biens dans une mesure plus large que la communauté légale, comme le régime de la communauté universelle ;[2] ni, à plus forte raison, faire de donation de biens présents ou d'institution contractuelle au profit de son conjoint.[3]

## § III

### *Du contrat de mariage de la personne atteinte de démence, interdite ou non interdite.*

**322.** — La question des conventions matrimoniales de l'aliéné, interdit judiciairement, ne se présente, bien entendu, que dans l'opinion de ceux qui admettent la validité du mariage de l'interdit ; et les principes que nous avons posés, sur le contrat de mariage des incapables en général, rend facile la solution de cette question.

Il faut, avons-nous dit, la capacité nécessaire pour le genre de conventions matrimoniales que va faire l'incapable : or l'interdit étant frappé par l'article 502 d'une incapacité absolue de faire aucun acte civil après l'interdiction, il s'ensuit que tout contrat de mariage qu'il aurait

[1] Aubry et Rau, *Op. et loc. citat.* — *Contrà*, Colmet de Santerre, VI, n° 15 *bis* XV.

[2] Aubry et Rau, *Op. et loc. citat.*

[3] Bordeaux, 7 février 1855, Sirey, 56, II, 65, et Dalloz, 56, II, 249; Pau, 31 juillet 1855, Sirey, 56, II, 65, et Dalloz, 56, II, 249; Agen, 21 juillet 1857, Sirey, 57, II, 168. — Demolombe, VIII, n° 739; Aubry et Rau, *Op. et loc. citat.* — *Contrà*, Cassation, 24 décembre 1856, Sirey, 57, I, 245, et Dalloz, 57, I, 18; et Troplong, I, n°s 297 et 298.

Digitized by Google

fait serait nul de droit, son mariage fût-il déclaré valable.[1]

L'opinion contraire a été soutenue par M. Troplong,[2] mais, comme elle ne repose que sur la théorie de l'indivisibilité du mariage et du contrat de mariage, que nous avons déjà réfutée,[3] nous n'avons pas à y revenir.

Il n'y aura donc de valables que les conventions matrimoniales qui auraient été faites par le tuteur de l'interdit, son mandataire dans tous les actes de la vie civile.

**323.** — L'interdit légalement peut-il se marier, et, dans le cas de l'affirmative, faire seul ses conventions matrimoniales ? Nous avons, ailleurs, adopté l'opinion qu'il peut se marier, mais que, en ce qui concerne son patrimoine, les actes d'aliénation comme les actes d'administration lui étaient défendus.[4]

Dans ce système, il faut, par application de notre principe sur le contrat de mariage des incapables, décider que l'interdit légalement pas plus que l'interdit judiciairement, ne pourra faire de contrat de mariage, puisque nous assimilons cet acte aux autres actes civils.

**324.** — La personne atteinte d'aliénation mentale, mais dont l'interdiction n'a pas été prononcée, n'est frappée d'aucune présomption générale d'incapacité : il suit de là que le contrat de mariage fait par elle, dans un intervalle lucide, et même les donations qu'elle y aurait consenties au profit de son conjoint, sont valables. Les héritiers de l'aliéné ont seulement la ressource d'en faire prononcer la nullité, par application de l'article 503, si l'interdiction était prononcée plus tard, et s'ils prouvaient que les causes

[1] Cassation, 28 décembre 1831, Sirey, 32, I, 358. — Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 14, p. 240; Colmet de Santerre, VI, n° 15 *bis* VIII; Laurent, XXI, n° 37.

[2] I, n°s 117-119.

[3] *Suprà*, Tome I, n° 296.

[4] Trébutien, *Cours élémentaire de droit criminel*, 2e édition revue par Lainé-Deshayes et Guillouard, I, n° 315.

Digitized by Google

de l'interdiction existaient notoirement à l'époque du contrat de mariage ;[1] ou par application de l'article 901, s'il s'agissait des donations faites au futur conjoint de l'aliéné, et s'ils établissaient que celui-ci n'était pas sain d'esprit au moment où il les a faites.

**325.** — Si le contrat de mariage est fait par un sourd-muet, il faut examiner, pour savoir s'il est valable, si le sourd-muet en a compris la portée : en effet, l'infirmité dont le sourd-muet est atteint n'élève contre lui aucune incapacité de plein droit, et, s'il s'est rendu compte des conventions matrimoniales qu'il faisait, soit parce qu'il était assisté d'un interprète, soit parce qu'il pouvait se faire comprendre et comprendre lui-même la portée de ces conventions, elles seront valables.[2]

[1] Riom, 17 juillet 1839, Sirey, 40, II, 66.

[2] Cassation, 23 décembre 1856, Sirey, 57, I, 244. — Aubry et Rau, V, § 502, texte et notes 15 et 16, p. 241.

[3] Paris, 3 août 1855, et Bordeaux, 29 décembre 1856, Dalloz, 57, II, 173-175. — Laurent, XXI, n° 38.

Digitized by Google

## CHAPITRE VI

### DE LA FORCE PROBANTE, DES EFFETS ET DE L'INTERPRÉTATION DU CONTRAT DE MARIAGE.

**326.** — Le contrat de mariage est une convention d'une nature spéciale, dont les effets sont beaucoup plus étendus que ceux d'une convention ordinaire ; tandis que celle-ci n'est destinée à produire effet qu'entre les parties contractantes, le contrat de mariage, loi pécuniaire des époux et de ceux qui devront traiter avec eux pendant le cours du mariage, produira effet contre les tiers.

C'est pour cette raison surtout que l'article 1394 prescrit la rédaction des contrats de mariage par acte notarié, et c'est l'un des motifs pour lesquels l'article 1395 défend tout changement aux conventions matrimoniales pendant le mariage : il ne faut pas que cette loi pécuniaire des époux puisse être modifiée au préjudice des tiers.

C'est aussi pour ce motif qu'ont été édictés la loi du 10 juillet 1850, qui organise la publicité du contrat de mariage des non-commerçants, de manière qu'ils ne puissent pas laisser croire aux tiers qu'ils sont mariés sous un régime de liberté, alors qu'ils sont mariés sous un régime de restriction ; les articles 67 à 70 du Code de commerce,

Digitized by Google

qui prescrivent la publicité du contrat de mariage des commerçants ; enfin l'article 1397, qui exige que les contre-lettres, pour avoir « *effet à l'égard des tiers,* » soient rédigées à la suite de la minute du contrat de mariage.

Nous pouvons donc poser en principe que, par exception à l'article 1165, qui porte que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, qu'elles ne nuisent point aux tiers, et ne leur profitent que dans le cas prévu par l'article 1121, le contrat de mariage et les stipulations qu'il contient nuisent et profitent aux tiers.

**327.** — Les applications de ce principe sont nombreuses : ainsi les époux peuvent opposer aux tiers les restrictions à la libre disposition des biens résultant du régime qu'ils ont adopté, par exemple du régime dotal ; ils peuvent invoquer les pouvoirs que le contrat de mariage donne au mari sur les biens de la femme.

C'est ainsi encore que la Cour de Cassation a jugé avec raison qu'il pouvait résulter des conventions matrimoniales la preuve qu'un immeuble, ou un droit incorporel, dont le titre nominatif est au nom du mari, appartient néanmoins à la communauté.[1] Cette décision se justifiait d'ailleurs par un autre motif, très bien mis en relief dans le rapport de M. le conseiller Connelly : l'article 1165 ne s'applique pas aux actes qui modifient la propriété, et qui sont opposables aux tiers, en principe général ; et il s'agissait dans l'espèce de modifications apportées par le contrat de mariage aux droits de propriété du mari.

Par le même motif, la clause du contrat de mariage d'un commerçant, portant que l'acte de célébration du mariage vaudra quittance de la dot promise à la femme, aura effet à l'égard des tiers ; et le contrat rapproché de l'acte de célébration prouvera à leur égard le paiement de cette dot, car

[1] Cassation, 17 décembre 1873, Sirey, 74, I, 409, et Dalloz, 74, I, 145.

Digitized by Google

il y a là un acte ayant date certaine, dans le sens de l'article 563 du Code de commerce.[1]

**328.** — Si les conventions matrimoniales ont effet contre les tiers, comme elles ont effet contre les parties, quelle est la force probante qui s'y attache, soit au respect des tiers, soit au respect des parties? Les énonciations qu'elles contiennent font-elles preuve jusqu'à inscription de faux, notamment en ce qui concerne l'apport ou le paiement de la dot constatés au contrat, ou bien ces énonciations ne constituent-elles que des présomptions pouvant être combattues par la preuve contraire?

L'opinion qui a triomphé, après quelques hésitations,[2] enseigne que du moment où les énonciations du contrat de mariage sont attaquées pour cause de simulation, la preuve de cette simulation peut être faite malgré la foi due à un acte authentique. Cette preuve peut être rapportée, non seulement lorsque la personne qui attaque les énonciations du contrat a une preuve écrite de la simulation qu'elle allègue, mais aussi par de simples présomptions, appuyées d'un commencement de preuve par écrit; et même sans commencement de preuve par écrit, si la simulation a pour but de faire fraude à un droit.[3]

Cette solution est conforme aux principes généraux en matière de simulation et de fraude: et nous avons dit qu'elle n'était point en contradiction avec la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales.[4]

**329.** — A partir de quel moment les conventions matrimoniales doivent-elles produire effet? Est-ce à partir

[1] Cassation, 13 août 1868, Sirey, 69, I, 348.

[2] *Voir* notamment Paris, 24 février 1865, Sirey, 66, II, 144, et Dalloz, 65, II, 140.

[3] Cassation, 2 mars 1852, Sirey, 52, I, 262, et Dalloz, 52, V, 208; Rouen, 13 mai 1868 et 23 décembre 1871, Sirey, 72, II, 101; Poitiers, 18 août 1872, Sirey, 72, II, 230; Cassation, 21 février 1882, Dalloz, 82, I, 127; Cassation, 22 août 1882, Sirey, 83, I, 25, et Dalloz, 83, I, 296; Cassation, 7 mai 1884, Sirey, 85, I, 28, et Dalloz, 84, I, 285.

[4] *Suprà*, Tome I, n° 293.

Digitized by Google

du jour de la célébration du mariage, ou bien faut-il décider qu'une fois le mariage célébré, les conventions matrimoniales devront produire effet du jour du contrat de mariage ?

La Cour de Cassation a jugé, en cassant un arrêt de la Cour de Toulouse, que la célébration du mariage produit sur les conventions matrimoniales l'effet d'une condition qui, aux termes de l'article 1179, rétroagit au jour du contrat ; et que, par suite, les immeubles que la future épouse s'est constitué en dot sont dotaux et inaliénables du jour du contrat de mariage, et non du jour du mariage.

« Attendu, dit l'arrêt, que si l'effet des conventions matrimoniales est subordonné à l'événement même de la « célébration du mariage, lorsque cette célébration a eu « lieu, l'accomplissement de la condition a, aux termes de « l'article 1179 du Code civil, un effet rétroactif au jour « auquel l'engagement a été contracté ;

« Attendu que cet effet rétroactif est applicable en ma« tière de régime dotal ; que non seulement la loi qui « règle ce régime ne contient pas de dérogation à cet « égard, mais que plusieurs de ses dispositions, notam« ment l'article 1558, en supposent au contraire l'appli« cation. »[1]

La Cour de Toulouse, revenant sur sa jurisprudence, a adopté aussi la théorie de la rétroactivité des conventions matrimoniales au jour du contrat, dans une hypothèse où cette rétroactivité apparaît avec une de ses conséquences les plus graves. Il s'agissait, en effet, d'une hypothèque consentie avant le mariage par le futur époux sur les biens de la future, et la cour a validé l'hypothèque par les motifs suivants :

« Attendu qu'aux termes de l'article 1179 la condition

[1] 18 décembre 1878, Sirey, 81, I, 353; Dalloz, 79, I, 441; et *France judiciaire*, 78-79, p. 233.

Digitized by Google

« accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engage-
« ment a été contracté ; que les conventions anté-nuptiales
« sont subordonnées à la condition suspensive *si nuptiæ*
« *consecutæ sunt* ; que la célébration du mariage est l'évé-
« nement qui réalise la condition, et que cette condition
« accomplie rétroagit au jour des conventions matrimo-
« niales ;

« Que l'article 1179 pose une règle générale qui s'appli-
« que au contrat de mariage comme aux contrats ordi-
« naires ; que par l'effet de cette rétroactivité le contrat est
« réputé avoir existé dès le jour où il a été consenti, comme
« s'il avait été pur et simple ;

« Qu'en vertu de ces principes, la célébration du ma-
« riage... a dû rétroagir au jour du contrat de mariage... ;
« qu'il en résulte comme un corollaire rigoureux que
« Bourdon (le mari) avait capacité pour consentir une
« hypothèque, et que l'hypothèque qu'il a consentie est
« valable. »[1]

**330.** — Cette thèse de la rétroactivité, formellement jugée par les deux arrêts que nous venons d'indiquer, a été combattue par tous les jurisconsultes qui ont eu à s'en occuper depuis lors : M. Lacointa, dans le Recueil de Sirey, les arrêtistes du Recueil de Dalloz et de la France judiciaire, enfin M. Vidal, dans l'intéressante *Etude* citée au numéro précédent, s'élèvent contre la théorie de la Cour suprême, et nous croyons que leurs critiques sont fondées.

Les conventions matrimoniales ont été définies par nous : le règlement des intérêts pécuniaires des époux.[2] Comment donc ce règlement pourrait-il produire effet avant le mariage, qu'il est destiné à régir au point de vue pécuniaire ? A un moment où il n'y a ni mari ni femme, peut-il y avoir une loi matrimoniale ?

[1] Arrêt du 8 mai 1883, rapporté par M. Vidal, *Etude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques*, p. 132-134.

[2] *Suprà*, Tome I, n° 1.

Digitized by Google

Prenons pour exemple l'espèce jugée par l'arrêt de la Cour de Toulouse : on a validé l'hypothèque consentie avant le mariage par, nous ne pouvons pas dire le mari, mais par le futur mari sur les biens de la future épouse. La prétendue rétroactivité de la condition, dont nous allons parler tout à l'heure, ne peut pas lui donner la qualité de mari avant la célébration du mariage : quel peut donc bien être son titre pour hypothéquer, ou pour aliéner, si le régime adopté le permet, les biens de celle qui n'est pas sa femme ?

C'est, dit-on, la rétroactivité de la condition : mais il y a là, à notre avis, une véritable confusion. Le contrat de mariage est conditionnel en ce sens que, destiné à régler les intérêts des époux, il ne produira aucun effet si le mariage n'est pas célébré : mais ce n'est pas là une obligation conditionnelle dans le sens juridique du mot, c'est-à-dire un rapport de droit actuel, soumis à un événement qui, une fois accompli, fera réputer l'obligation existante du jour où le lien primitif s'est formé. Ici, aucune rétroactivité ne peut faire réputer les époux mariés avant la célébration du mariage : et, par suite, il est impossible de faire remonter plus loin que la célébration du mariage le règlement pécuniaire de leurs intérêts. Comme le disent très bien MM. Aubry et Rau dans le passage que nous avons cité plus haut,[1] il faut se garder de confondre avec les conventions conditionnelles « les conventions ou dispositions « qui, d'après leur nature ou leur objet, supposent nécessairement l'existence ou la réalisation ultérieure de certains faits ».

Cette solution est d'ailleurs consacrée par la Cour de Cassation elle-même, à propos de la question fameuse de la date de l'hypothèque légale de la femme mariée : la jurisprudence décide que l'hypothèque de la femme pour garantie de la dot et des conventions matrimoniales ne

[1] *Suprà*, Tome I, n° 276.

Digitized by Google

date que du jour du mariage, et non du jour du contrat de mariage.[1]

Voici le double argument que cette jurisprudence nous fournit : en premier lieu, un argument d'analogie, car si les époux sont réputés mariés du jour du contrat au point de vue des pouvoirs du mari, comment les réputer non mariés au point de vue de l'hypothèque légale, qui est donnée à la femme précisément pour la protéger contre les effets de la puissance maritale ; en second lieu, un argument d'inconvénient, qui nous paraît grave. En effet, dans le système de la Cour de Cassation et de la Cour de Toulouse, le futur mari aura agi valablement comme mari depuis le contrat de mariage, jusqu'à la célébration du mariage, mais, pendant toute cette période, la future épouse n'aura aucune garantie contre les résultats de cette gestion maritale, puisque l'hypothèque ne datera que du mariage.

Que l'on n'objecte pas la solution des articles 1404, alinéa 2, et 1558, alinéa 4 : il s'agit, dans ces textes, de protéger, comme nous le verrons, l'irrévocabilité des conventions matrimoniales, et ils sont inspirés par la même pensée que les articles 1396 et 1397, qui règlent les conditions des contre-lettres. Ils ont pour but, l'un et l'autre, d'empêcher les époux de porter atteinte aux conventions matrimoniales : ce sont des textes d'exception, que l'on ne saurait étendre.

Que l'on n'objecte pas non plus la jurisprudence, qui décide avec raison que les donations faites aux époux par des tiers dans le contrat de mariage, ou les engagements particuliers que les futurs époux y prennent l'un vis-à-vis de l'autre, remontent au jour du contrat de mariage.[2] Ce sont là des stipulations accessoires et vraiment conditionnelles, qui doivent, dans la pensée des parties, produire

[1] *Voir notamment* Cassation, 22 janvier 78, et rapport de M. le conseiller Barafort, Sirey, 78, I, 306, et Dalloz, 78, I, 154.

[2] Cassation, 26 janvier 1847, Sirey, 47, I, 147, et Dalloz, 47, I, 63; Cassation, 7 février 1872, Sirey, 72, I, 73, et Dalloz, 73, I, 80.

Digitized by Google

effet du jour où l'engagement est souscrit. Au contraire, l'adoption d'un régime matrimonial, avec les suites qu'elle entraîne, ne peut rétroactivement précéder le mariage.

Tous les textes sont conformes à la théorie que nous défendons :

Article 1399 : « La communauté commence *du jour du* « *mariage* contracté devant l'officier de l'état civil. »

Article 1549 : « Le mari seul a l'administration des biens « dotaux *pendant le mariage.* »

Article 1554 : « Les immeubles constitués en dot ne peu- « vent être aliénés ou hypothéqués *pendant le mariage.* »

Ajoutons que cette théorie était adoptée dans notre ancien droit, ainsi que l'atteste Pothier dans le passage que nous avons cité plus haut.

Aussi concluons-nous, avec M. Lacointa, que nous hésitons à croire que la jurisprudence soit définitivement fixée dans le sens des arrêts précités de la Cour de Cassation et de la Cour de Toulouse.

**331.** — Comment s'interprètent les clauses des contrats du mariage ? Leur interprétation est soumise d'abord aux règles générales d'interprétation des contrats : c'est ainsi que l'interprétation doit se faire, non pas en appréciant une clause isolément, mais en la rapprochant de l'ensemble des stipulations du contrat, conformément à la règle posée par l'article 1161.[1]

Les règles spéciales à l'interprétation des contrats de mariage sont notamment les suivantes.

En premier lieu, la communauté légale étant le régime de droit commun, les époux sont présumés avoir adopté ce régime sur tous les points auxquels ils n'y ont pas spécialement dérogé.[2]

En second lieu, si les époux ont adopté un régime déter-

[1] Cassation, 22 avril 1857, Dalloz, 57, I, 207.

[2] Rouen, 11 juillet 1826, Sirey, C. N., VIII, II, 258; Cassation, 28 février 1828, Sirey, C. N., IX, I, 44. — Aubry et Rau, V, § 504, texte et note 25, p. 274.

Digitized by Google

miné, et qu'il y ait dans leur contrat quelque clause ambiguë, cette clause devra s'interpréter dans le sens le plus favorable au régime adopté.[1] C'est ainsi que, sous le régime dotal, les clauses devront s'entendre dans le sens le plus favorable à la dotalité.[2]

Mais il faut tempérer cette règle par un troisième principe : c'est que, si l'intérêt des tiers est en jeu, la clause ambiguë devra s'interpréter en leur faveur, car il n'est pas juste de les rendre victimes d'une obscurité qui n'est pas leur œuvre.[3]

**332.** — Les attributions respectives des Cours d'appel et de la Cour de Cassation, dans l'interprétation du contrat de mariage, doivent se déterminer par les principes suivants.

La Cour de Cassation doit examiner le sens et la portée du contrat de mariage à un double point de vue ; au point de vue du régime adopté par les époux, au point de vue des conséquences légales que ce régime entraîne. Ces deux questions sont des questions de droit, que la Cour de Cassation doit juger.[4]

Mais une fois le régime matrimonial et ses conséquences légales bien déterminées, si quelque clause particulière et secondaire est ambiguë et doit être interprétée, l'interprétation en appartient souverainement aux juges du fait.[5]

[1] Caen, 28 mai 1849, Dalloz, 52, II, 105.
[2] Bordeaux, 22 juin 1849, Dalloz, 52, II, 186.
[3] Rouen, 4 juillet 1874, Dalloz, 76, V, 134.
[4] Cassation, 4 juin 1855, Sirey, 55, I, 743, et Dalloz, 55, I, 389; Cassation, 8 juin 1858, Sirey, 58, I, 417, et Dalloz, 58, I, 233; Cassation, 16 janvier 1867, Dalloz, 67, I, 501; Cassation, 26 mai 1873, Dalloz, 73, I, 480; Cassation, 13 novembre 1876, Dalloz, 78, I, 111.
[5] Cassation, 26 juillet 1852, Dalloz, 52, I, 249; Cassation, 9 décembre 1856, Dalloz, 57, I, 117 ; Cassation, 26 juin 1861, Dalloz, 61, I, 419; Cassation, 31 janvier 1872, Dalloz, 73, I, 70; Cassation, 3 juillet 1872, Dalloz, 73, I, 369; Cassation, 13 mai 1885, Sirey, 85, I, 312; Dalloz, 86, I, 204, et *France judiciaire*, 84-85, 423.

Digitized by Google

## CHAPITRE VII

### DU RÉGIME MATRIMONIAL DU FRANÇAIS QUI SE MARIE A L'ÉTRANGER, OU DE L'ÉTRANGER QUI SE MARIE EN FRANCE, ET DE LA NON-RÉTROACTIVITÉ DES LOIS RELATIVES AU CONTRAT DE MARIAGE.

**333.** — Lorsqu'un Français se marie à l'étranger, la première question que fait naître le contrat de mariage de ce Français est celle-ci : doit-on exiger pour ce contrat les formes solennelles prescrites par l'article 1394, ou doit-on permettre de le faire même en la forme sous seing privé, si elle est permise par la loi du lieu où il se trouve ?

Cette question se rattache à une question plus générale, la question de savoir si la règle *locus regit actum* est applicable aux actes solennels.

M. Laurent, fidèle à la doctrine générale qu'il a soutenue à propos de cette question, enseigne que les contrats de mariage ne peuvent être faits, à l'étranger comme en France, qu'en la forme authentique. Il en donne deux motifs principaux : le premier, c'est que dans les contrats solennels le consentement n'existe que lorsqu'il est exprimé dans les formes voulues par la loi ; quand ces formes n'ont pas été observées, dit-il, il n'y a pas de consentement, et, par suite, pas de contrat. Il ajoute que ce n'est pas vio-

Digitized by Google

ler la maxime *locus regit actum*, car, pour juger de la validité de l'acte authentique reçu à l'étranger, on appliquera la loi du lieu où il a été reçu. L'athenticité, dit-il, est de l'essence de l'acte ; la forme de l'authenticité est une condition extrinsèque.[1]

**334.** — Nous croyons que le contrat de mariage, comme tout autre acte pour lequel la loi française exige la solennité, peut être fait à l'étranger même en la forme sous seing privé, si la loi étrangère l'autorise, et cela par les motifs suivants.

En premier lieu, la question de savoir si un acte doit être reçu en la forme authentique, ou en la forme sous seing privé, est une question de forme de l'acte, et ces questions sont régies par la loi du lieu où l'acte est passé. Nous reconnaissons que la forme a ici une importance exceptionnelle, et qu'elle est destinée, dans la pensée du législateur français, à assurer le consentement libre et éclairé des parties : mais ce n'en est pas moins une question de forme, et à ce titre, elle est soumise à la règle *locus regit actum*.

En second lieu, comme l'observe avec grande raison M. Demolombe, l'application de cette règle est nécessaire : qu'arriverait-il en effet si l'officier public étranger refusait de recevoir un contrat de mariage qui n'est pas dans ses attributions, et pour lequel la loi de son pays ne lui donne aucun pouvoir ?

En troisième lieu, il y aurait un grave inconvénient à annuler une convention faite de bonne foi, suivant la forme du pays où se trouvent les époux : « N'est-on pas « effrayé, dit M. Demolombe, de l'injustice, du désordre « que produirait l'annulation des actes sincèrement, hon- « nêtement passés en pays étranger, et sur la foi desquels « des droits très importants ont pu s'établir, et des familles « même se former ? »[2]

[1] I, n° 99, et XXI, n° 49.

[2] Paris, 11 mai 1816, Sirey, c. N., V, II, 140; Paris, 22 novembre



Digitized by Google

**335.** — Les conséquences qui découlent de la solution que nous venons d'adopter sont importantes :

1° Le contrat de mariage pourra être fait à l'étranger en la forme sous seing privé.[1]

2° Il ne sera soumis ni à l'application de la loi du 10 juillet 1850, sur la publicité du contrat de mariage des non-commerçants, ni à l'application de l'article 67 du Code de commerce, sur la publicité du contrat de mariage des commerçants.[2]

3° Les conventions matrimoniales pourront être modifiées après la célébration du mariage.[3]

**336.** — Les conventions matrimoniales du Français qui se marie à l'étranger font naître une seconde question : si les époux n'ont pas fait de contrat, d'après quelle loi leurs conventions matrimoniales seront-elles régies ?

Lorsque les futurs époux sont domiciliés dans le même pays, la doctrine ancienne et la doctrine moderne répondent généralement qu'on appliquera la loi de leur domicile au moment de leur mariage :

« La communauté, disait Lebrun, se forme par une con-
« vention expresse ou par un consentement tacite : parce
« que, si les futurs conjoints ne la stipulent pas, et qu'ils
« soient domiciliés en pays de communauté, lorsqu'ils se
« marient, on conclut qu'ils se sont rapportés à la cou-
« tume, qui dispose au lieu de l'homme dans les affaires
« importantes, comme dans les mariages et les succes-
« sions. Cette présomption a ses autorités dans le droit,

1828, Sirey, C. N., IX, II, 157 ; Cassation, 18 avril 1865, Sirey, 65, I, 317 ; Rennes, 4 mars 1880, Sirey, 81, II, 265, et Dalloz, 81, II, 210. — Troplong, I, n° 188 ; Aubry et Rau, V, § 503, texte et note 4, p. 248 ; Demolombe, I, n° 106.

[1] Cassation, 18 avril 1865, Sirey, 65, I, 317, et Dalloz, 65, I, 342.

[2] *Arrêt précité* de Rennes, du 4 mars 1880.

[3] Montpellier, 25 avril 1844, Sirey, 45, II, 7, et Dalloz, 45, II, 36 ; Cassation, 11 juillet 1855, Sirey, 55, I, 699, et Dalloz, 56, I, 9 ; Toulouse, 7 mai 1866, Dalloz, 66, II, 109 ; Cassation, 29 décembre 1867, Sirey, 68, I, 134.

Digitized by Google

« qui décide souvent que pour les choses qu'on a omises « en contractant, on est censé s'être rapporté à l'u- « sage.... »[1]

« La communauté légale, écrit avec raison M. Demo- « lombe, ne régit pas les biens des époux par l'effet immé- « diat et nécessaire de la loi elle-même, mais bien par « l'effet de la convention tacite et volontaire des époux : « cet argument, qu'on faisait autrefois sous les coutumes, « est encore vrai aujourd'hui. »[2]

Du moment où les époux ne font pas de contrat de mariage, la vraisemblance est qu'ils entendent adopter le régime usité au lieu où ils habitent : ils connaissent ce régime, ils le voient pratiquer autour d'eux, c'est lui qu'ils ont dû avoir en vue lorsqu'ils se sont mariés sans régler par écrit les conditions civiles de leur union.[3]

**337.** — La question est plus difficile si, comme il arrive fréquemment, un seul des futurs époux est domicilié à l'étranger, et l'autre en France : les uns tiennent pour le domicile du mari au moment du mariage,[4] les autres, dont nous adoptons l'opinion, pour le *domicile matrimonial*, c'est-à-dire pour le lieu où les époux se sont fixés au moment de la célébration du mariage. Notre motif est toujours le même : à défaut de stipulation contraire, il est probable que les époux ont eu en vue la loi du lieu où ils vont fixer leur domicile. Mais, en l'absence de tout fait indiquant d'une manière certaine l'intention des futurs époux de fixer leur domicile dans un lieu autre que le domicile du mari, c'est d'après la loi du domicile du mari, chef de l'association conjugale, que les conventions matrimoniales devront être régies.

[1] Lebrun, *Traité de la communauté*, Livre I, Chapitre II, n° 1. — *Sic*, Pothier, *De la communauté*, n°s 10 et suiv.

[2] I, n° 87.

[3] Duranton, XIV, n° 88 ; Troplong, I, n° 33; Aubry et Rau, V, § 504 *bis*, texte et note 1, p. 275.

[4] Fœlix, *Droit international privé*, n°s 20, 27 et 66.

Digitized by Google

Cette solution, que nous proposons, était la plus accréditée dans notre ancien droit ; après avoir établi que la loi que l'on suivra sera celle du domicile du mari, Lebrun ajoutait :

« Il est important d'observer que par le domicile du mari « on entend le lieu où le mari mène sa femme et va s'éta- « blir immédiatement après la célébration : c'est le domi- « cile que les conjoints se sont destiné en se mariant, « *domicilium matrimonii*, pour se servir de l'expression « de la loi 5, ff., *de ritu nuptiarum.* »[1]

De même Pothier disait :

« Si l'homme, en se mariant, avait intention de fixer son « domicile dans le pays de la femme ; par exemple, si un « Lyonnais venait à Orléans épouser une femme dans le « dessein de fixer son domicile à Orléans ; ce Lyonnais « serait en ce cas censé avoir abdiqué son domicile de « Lyon, et en avoir acquis un à Orléans, à la loi duquel il « doit être censé s'être soumis. »[2]

Cette solution est généralement admise dans notre droit nouveau.[3]

**338.** — Les solutions que nous venons de donner, à propos des conventions matrimoniales du Français à l'étranger, vont nous permettre de résoudre facilement, et par l'application des mêmes principes, les questions relatives aux conventions matrimoniales de l'étranger en France.

[1] *Traité de la communauté*, Livre I, Chapitre II, n° 42.

[2] *De la communauté*, n° 15.

[3] Cassation, 29 décembre 1836, Sirey, 37, I, 437 ; Cassation, 11 juillet 1855, Sirey, 55, I, 699 ; Alger, 1er mai 1867, Sirey, 68, II, 49; Cour de justice de Genève, 7 septembre 1885, Sirey, 86, IV, 15 ; Pau, 26 juillet 1886, Dalloz, 87, II, 63. — *Compar.*, Cassation, 15 juillet 1885, Sirey, 86, I, 225, et Dalloz, 85, I, 451 ; Cassation, 18 mai 1886, Sirey, 86, I, 243, et *Pandectes françaises*, 86, I, 156. — *Voir*, quant au régime matrimonial des Israélites algériens, Cassation, 6 juin 1883, Sirey, 84, I, 99. — *Compar.* Ricaud, *Des régimes matrimoniaux au point de vue du droit international privé*, Paris, 1887 ; et Pequy, *Revue générale du droit*, 1887, p. 297 et suiv.

Digitized by Google

Si deux étrangers, domiciliés en France, s'y marient sans faire de contrat de mariage, ils seront réputés mariés sous le régime de la communauté, qui est en France le régime des époux qui se marient sans contrat.[1]

Si un étranger épouse une Française, leurs conventions matrimoniales seront régies par la loi du domicile que vont prendre les époux aussitôt après le mariage, et, en cas d'incertitude sur ce point, par la loi du domicile du mari étranger.[2]

**339.** — Une fois les conventions matrimoniales du Français à l'étranger, ou de l'étranger en France, ainsi déterminées par la loi du domicile matrimonial, ces conventions ne peuvent se modifier ni par la naturalisation postérieure du mari à l'étranger,[3] ni, à plus forte raison, par le changement de domicile des époux.[4] Les conventions matrimoniales, légalement présumées, ont en effet la même force que si elles étaient rédigées par écrit, et le changement de nationalité ou de domicile des époux, qui auraient fait un contrat de mariage écrit, ne pourrait avoir aucune influence sur cet acte.

**340.** — Les principes que nous venons d'exposer sur les conventions matrimoniales, envisagées quant au lieu, vont nous servir à résoudre les questions qu'elles font naître quant au temps : de même que le contrat de mariage doit être irrévocablement régi par la loi du lieu du domicile matrimonial, de même il doit être irrévocable-

[1] Paris, 3 août 1849, Sirey, 49, II, 420; Paris, 15 décembre 1853, Sirey, 54, II, 105, et Dalloz, 55, II, 192; Aix, 27 novembre 1854, Sirey, 56, II, 222.

[2] Cassation, 4 mars 1857, Sirey, 57, I, 247; Alger, 16 février 1867, Sirey, 68, II, 48; Cassation, 3 juin 1874, Dalloz, 75, I, 30; Angers, 4 février 1875, Dalloz, 76, II, 126; Bordeaux, 24 mai 1876, Dalloz, 78, II, 79; Aix, 12 mars 1878, Sirey, 78, II, 265. — *Contrà*, Aix, 7 février 1882, Sirey, 83, II, 110.

[3] Metz, 9 juin 1852, Dalloz, 52, II, 190.

[4] Cassation, 30 janvier 1854, Sirey, 54, I, 268, et Dalloz, 54, I, 61.

Digitized by Google

ment régi par la loi de l'époque à laquelle le mariage a été célébré.

Supposons, en effet, que le contrat de mariage ait été rédigé par écrit : les lois qui viendront, au cours du mariage, modifier soit les conditions d'emploi de la dot, soit la distinction des biens en meubles et immeubles, ne peuvent, sans effet rétroactif, et sans porter atteinte à des droits acquis, paralyser les clauses formelles par lesquelles les parties ont entendu régir leurs biens pour l'avenir. Or, que les conventions matrimoniales soient écrites par les parties, ou présumées par la loi et adoptées par le silence des parties, elles ont la même force, et la loi nouvelle n'y peut porter atteinte.[1]

[1] Rouen, 21 avril 1809, Sirey, C. N., III, II, 58; Bruxelles, 21 août 1814, Sirey, C. N., IV, II, 406; Cassation, 27 janvier 1840, Sirey, 40, I, 260; Chambéry, 19 juin 1861, Sirey, 62, II, 169, et Dalloz, 62, V, 86; Bordeaux, 3 mai 1876, Sirey, 77, II, 6.

Digitized by Google

# DEUXIÈME PARTIE

## DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE

**341.** — « La communauté entre conjoints par mariage « est, dit Pothier, une espèce de société de biens qu'un « homme et une femme contractent lorsqu'ils se ma- « rient. »[1]

Cette définition, appliquée à la communauté légale, est exacte encore sous l'empire du Code civil.

La communauté légale est « une société » : elle a un actif et un passif, un administrateur qui est le mari, des revenus et des charges annuelles ; elle naît avec le mariage, et se dissout soit avec lui, soit par la séparation de corps ou la séparation de biens principale.

**342.** — La communauté légale est, disons-nous, une « espèce de société » : elle appartient au genre des sociétés, mais dans ce genre elle constitue une espèce toute particulière, avec sa physionomie à part.

Voici quelques-unes des différences principales avec les sociétés en général qui caractérisent la communauté légale, au triple point de vue de son point de départ, de son administration et de sa dissolution.

[1] *Traité de la communauté*, n° 1.

Digitized by Google

Quant au point de départ, l'article 1399 assigne à la communauté un point de départ invariable, le jour du mariage, tandis que l'article 1843 permet aux associés de fixer comme bon leur semble le jour où la société commence.

Quant à l'administration, le mari a comme chef de la communauté des pouvoirs auxquels l'article 1388 ne permet pas de porter atteinte, tandis que les articles 1856 et suivants autorisent les associés ordinaires à choisir celui ou ceux d'entre eux qui administrera la société.

Quant à la dissolution, la communauté ne se dissout que dans les cas et de la manière indiquée par la loi : au contraire, dans les sociétés, les associés peuvent déterminer à leur gré l'époque de la dissolution, et même dissoudre la société avant le terme qu'ils lui ont assigné (article 1865).

Les autres différences entre la communauté légale et les sociétés ordinaires apparaîtront au cours de ce traité, et ces indications suffisent en ce moment pour justifier la définition de Pothier, et pour montrer que la société entre époux est une société à part ; ce qui s'explique parce qu'elle n'est que la conséquence du mariage lui-même.

**343.** — Le mot communauté a trois acceptions principales : tantôt il désigne la société qui s'est formée entre les époux ; c'est ainsi que l'on parle de l'époque à laquelle la communauté commence, et de l'époque de sa dissolution. Tantôt il indique les biens mis en commun : dans cette acception, on dit que la communauté est opulente, qu'elle a un actif et un passif, on parle de son administration. Enfin le mot communauté signifie parfois les époux considérés comme communs en biens, par opposition aux époux envisagés individuellement : on dit dans ce sens que la communauté est créancière ou débitrice, c'est-à-dire que les époux communs en biens ont en cette qualité une créance ou une dette envers l'un d'eux.[1]

[1] Aubry et Rau, V, § 505, note 1, p. 277 ; Colmet de Santerre, VI, n° 18 *bis* I.

Digitized by Google

On appelle biens de communauté, acquêts ou conquêts, les biens mis en commun, et biens propres, les biens dont la loi ou la convention réserve aux époux la propriété : cette distinction importante, soit au point de vue des pouvoirs du mari comme chef de la communauté, soit au point de vue des droits des créanciers de la communauté, sera étudiée lorsque nous traiterons de la composition de l'actif de la communauté.

**344.** — La communauté légale est ainsi appelée, comme nous l'avons vu, non parce que la loi l'impose aux époux, mais parce que, à défaut de stipulation contraire, elle suppose chez eux l'intention d'adopter le régime de la communauté telle qu'elle l'a organisé. On l'oppose à la communauté conventionnelle, en ce sens que les conditions de l'une sont réglées par la loi, tandis que les conditions de l'autre le sont par les stipulations des parties.

Mais la base des deux communautés, légale ou conventionnelle, est la même, la volonté des parties, volonté expresse dans un cas, volonté présumée dans l'autre. Déjà nous avons vu une conséquence importante de cette idée, lorsque nous avons examiné quel est le régime matrimonial du Français qui se marie à l'étranger, ou de l'étranger qui se marie en France.[1]

**345.** — La communauté, cette espèce de société de biens entre époux, forme-t-elle un être moral, distinct de la personne des époux ? Ou bien ne doit-on entendre par le mot de communauté que les époux eux-mêmes, envisagés comme communs en biens, par opposition avec le patrimoine propre et les intérêts individuels de chacun d'eux ?

La question est controversée.

Pour soutenir que la communauté forme un être moral, on invoque d'abord la terminologie de la loi, qui parle sans cesse de la communauté, de son patrimoine, des récompenses ou indemnités qu'elle doit aux époux ou que

[1] *Suprà*, Tome I, nos 336-338.

Digitized by Google

les époux lui doivent (articles 1433 et 1437). On ajoute que la communauté a ses dettes propres, de telle manière que si le mari et la femme s'obligent solidairement envers un tiers, la dette n'incombe ni au mari, ni à la femme, qui n'est obligée que comme caution, mais à la communauté seule; qu'elle apparaît entre les époux comme un dépositaire, et qu'elle est à ce titre débitrice vis-à-vis de chacun d'eux des valeurs propres qu'elle a encaissées; qu'enfin tout le système de liquidation de la communauté repose sur l'idée d'une personne morale.

Toutes ces conséquences ne s'expliquent, dit-on, que si on les fait découler de l'existence de la communauté être moral, distincte de la personne des époux.[1]

L'opinion contraire nous paraît plus juridique.

Ecartons d'abord l'argument que l'on veut tirer de la terminologie du Code : les rédacteurs du Code, comme les jurisconsultes anciens et comme les jurisconsultes modernes, employent le mot communauté pour désigner les époux communs en biens, par opposition aux époux envisagés individuellement, comme propriétaires de leur patrimoine non mis en commun ; mais ce n'est là qu'une forme plus commode de langage, qui ne résout en rien la question que nous examinons.

Ceci posé, aucun texte ne présente la communauté comme une personne morale, avec un patrimoine à elle, et toute son organisation s'explique bien mieux avec l'idée d'une co-propriété des deux époux qu'avec l'intervention de cette troisième personne. Les deux époux, en se mariant, mettent en commun certains biens sur lesquels le mari aura, pendant le mariage, des pouvoirs très étendus, à ce point qu'au respect des tiers il sera regardé comme le propriétaire: puis, à la dissolution du mariage, les époux partageront ces biens mis en commun, à moins

[1] Duranton, XIV, n° 76; Troplong, I, n°s 306-321; Proudhon, *Traité de l'usufruit*, I, n° 279.

Digitized by Google

que la femme ne veuille renoncer à ses droits dans ces biens.

Voilà l'idée générale du régime en communauté, et elle suffit pour expliquer les résultats qu'objecte le système que nous combattons.

D'ailleurs, si la communauté est une personne morale, voici la conséquence grave qui va découler de cette qualité : les tiers, créanciers de la communauté, n'auront pas à subir le concours des créanciers personnels de chacun des époux, mais ils leur seront préférés, de même que les créanciers d'une société commerciale ont un droit de préférence sur l'actif social, avant les créanciers des associés. Or cette conséquence, inévitable dans le système de la personnalité de la communauté, est en contradiction avec tous les textes : avec les articles 1474 et 1476, qui attribuent à chacun des époux la moitié de l'actif de communauté, comme s'il s'agissait du partage d'une succession ; et avec les articles 1482 à 1484, qui mettent les dettes de communauté à la charge personnelle des époux, dans la proportion de l'actif qu'ils recueillent. Ajoutons que le Code, qui permet aux créanciers d'une succession d'exclure le concours des créanciers personnels des héritiers, au moyen de la séparation des patrimoines, n'offre aucun bénéfice analogue aux créanciers de la communauté.

Il faut conclure de là, comme on le faisait dans notre ancien droit,[1] que les créanciers de la communauté n'ont, à la dissolution de la communauté, aucun droit de préférence sur les biens communs, à l'encontre des créanciers du mari ou des créanciers de la femme acceptante ; c'est-à-dire qu'au respect des tiers, il n'y a pas de communauté être moral, mais bien deux époux communs en biens.[2]

Si la communauté n'est pas un être moral au respect des

[1] Lebrun, *Traité de la Communauté*, p. 343, n° 20.

[2] Cassation, 18 avril 1860, Sirey, 60, I, 305, et Dalloz, 60, I, 185.

Digitized by Google

tiers, elle ne peut l'être dans les rapports des époux entre eux.[1]

**346.** — La communauté légale, dont nous allons étudier l'organisation, régit tous les mariages célébrés en France par des Français : quant aux mariages célébrés à l'étranger par des Français, ou par des étrangers en France, nous avons vu dans quel cas ils étaient soumis à la communauté légale de la loi française, lorsque le domicile matrimonial des futurs époux doit être la France.[2]

**347.** — La communauté légale n'est applicable qu'au cas de mariage valable : elle est la loi pécuniaire des époux qui se sont mariés sans contrat, et dont le mariage est régulier.

Si deux époux se marient sans contrat, et que leur mariage soit plus tard annulé, il sera impossible de régler les conséquences pécuniaires de leur vie commune par les principes de la communauté ; mais comme, en fait, ils ont vécu en société de biens, leurs droits seront liquidés par les principes qui régissent les sociétés de fait.[3]

Si le mariage célébré sans contrat était annulé, mais qu'on dut, à raison de la bonne foi des époux ou de l'un d'eux, lui faire produire les effets du mariage putatif, les règles de la communauté légale reprendraient leur empire : cette communauté est en effet l'une des conséquences d'un mariage valable, et à ce titre elle peut être invoquée par les époux ou l'époux de bonne foi, et par les enfants.[4]

**348.** — La communauté commence le jour même du mariage, dit l'article 1399, et il ajoute que les parties ne peuvent lui assigner un autre point de départ.

[1] Toullier, XII, n° 82; Rodière et Pont, I, n° 334; Aubry et Rau, V, § 505, texte et note 2, p. 277; Colmet de Santerre, VI, n° 18 *bis* II et 18 *bis* X; Laurent, XXI, n° 210 et 250 ; de Folleville, I, n° 132.

[2] *Suprà*, Tome I, n° 336-338.

[3] *Suprà*, Tome I, n° 279.

[4] Aubry et Rau, V, § 506, texte, p. 281.

Digitized by Google

Nous avons dit déjà que cette règle, contraire à un certain nombre de nos anciennes coutumes, était empruntée à l'article 220 de la nouvelle coutume de Paris : « Commence la communauté du jour des épousailles et bénédiction nuptiale, » et nous avons examiné les conséquences qu'elle peut avoir, soit au point de vue de l'adoption d'une communauté conditionnelle, soit au point de vue de l'adoption de deux régimes successifs.[1]

Le texte de l'article 1399 dit que la communauté commence « le jour du mariage » : cela veut dire au moment précis où le mariage est célébré, et non au commencement du jour dans lequel le mariage va avoir lieu ; la communauté, n'étant que la conséquence pécuniaire de l'union des époux, ne peut la précéder.[2]

**349.** — Nous diviserons notre étude sur la communauté légale en sept chapitres :

Chapitre I. — *De l'actif de la communauté.*

Chapitre II. — *Du passif de la communauté.*

Chapitre III. — *De l'administration des biens de la communauté et des biens propres des époux.*

Chapitre IV. — *De la dissolution de la communauté.*

Chapitre V. — *De l'acceptation et de la renonciation à la communauté.*

Chapitre VI. — *Des suites de l'acceptation de la communauté.*

Chapitre VII. — *Des suites de la renonciation à la communauté.*

[1] *Suprà*, Tome I, nos 92-99.

[2] Duranton, XIV, n° 95 ; Laurent, XXI, n° 209.

Digitized by Google

## CHAPITRE PREMIER

### DE L'ACTIF DE LA COMMUNAUTÉ.

**350.** — L'actif de la communauté, avec son organisation que le Code a empruntée à nos anciennes coutumes, comprend trois éléments principaux : le mobilier présent et futur des époux, les revenus de leurs biens propres, et les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage. Les époux conservent donc comme propres les immeubles qu'ils possédaient au moment de la célébration du mariage, et ceux qu'ils ont acquis depuis par succession ou donation. « Hommes et femmes conjoints ensemble par « mariage, disait l'article 220 de la coutume de Paris, sont « communs en biens meubles et conquêts immeubles faits « durant et constant ledit mariage. »

**351.** — Cette organisation se concevait très bien dans notre ancien droit, où elle se rattachait à l'idée générale de la conservation des biens dans les familles : le mobilier présent et futur des époux tombait dans la communauté, de même que dans les successions les meubles étaient dévolus avec les acquêts, sans que l'on en recherchât l'origine, à raison du peu d'importance qu'on y attachait : « *res* « *mobilis, res vilis.* »

Au contraire, les immeubles que les époux possédaient au jour du mariage, ou qu'ils recueillaient plus tard par

Digitized by Google

succession leur demeuraient propres, par la même idée qui faisait que dans les successions les biens paternels retournaient aux parents de la ligne paternelle, et les biens maternels aux parents de la ligne maternelle.

« L'esprit de notre droit coutumier, disait Pothier, est « que chacun conserve à sa famille les biens qui lui en « sont venus. »

Cette pensée, qui avait inspiré les règles de la dévolution des biens dans les successions, avait aussi inspiré la théorie des conquêts et des propres, dans la matière de la communauté.

**352.** — Aujourd'hui, le Code ayant rejeté l'ancienne règle *paterna paternis*, il eût été logique de rejeter la théorie ancienne des propres de communauté, et d'admettre la communauté universelle. C'est ce qu'avait proposé M. Bérenger ; mais cette proposition fut rejetée, sur les observations de M. Tronchet :

« Il importe, disait celui-ci, de se bien pénétrer de l'im- « portance de ne pas rompre les habitudes. Le projet pro- « posé les respecte ; car les immeubles ne devenaient pas « communs entre les époux, même dans les pays coutu- « miers, encore moins dans les pays de droit écrit.

« D'ailleurs l'un des obstacles les plus communs aux « mariages, qu'il est de l'intérêt de l'État de multiplier, « est la crainte qu'ils ne fassent passer les biens des époux « d'une famille dans l'autre. On augmenterait cet obstacle « si l'on faisait entrer de plein droit dans la communauté « des propriétés aussi précieuses que les immeubles. »[1]

Le grand développement de la fortune mobilière en France, depuis 1804, a encore accentué le défaut d'harmonie entre la composition de l'actif de la communauté légale et nos mœurs modernes : la fortune mobilière est aussi importante et « aussi précieuse » de nos jours que la fortune immobilière, et nous avons fait ressortir les inégalités

[1] Fenet, XIII, p. 554.

Digitized by Google

qui découlent des règles du Code sur la composition de l'actif de la communauté.[1]

La préférence qui est accordée, dans notre état social actuel, à la communauté réduite aux acquêts sur la communauté légale s'explique donc par une double considération : la première, l'inégalité qui résulte souvent de l'adoption de la communauté légale ; la seconde, la crainte que le mariage ne fasse passer les biens des époux d'une famille dans l'autre, crainte aussi vivace aujourd'hui qu'elle l'était à l'époque où Tronchet la signalait.

**353.** — Les propres de communauté, dans notre ancien droit coutumier, étaient plus étendus que les propres de succession : « Les propres de succession étaient, dit Pothier, les héritages de nos ancêtres ou autres parents, « qu'ils nous ont transmis par succession ou par quelque « autre titre équipollent à succession. » Tous les propres de succession étaient propres de communauté ; mais les propres de communauté comprenaient encore, notamment, les immeubles acquis à titre onéreux par l'un des époux avant son mariage. Aussi Pothier signale-t-il avec raison le sens spécial du mot *propres* dans notre matière :

« Ce terme de *propres*, dit-il, est pris, en matière de « communauté, dans un sens différent de celui dans lequel « il est pris dans les autres matières de droit. Ce terme de « *propres* est pris, dans les autres matières, pour un héri- « tage ou autre immeuble qui appartient à quelqu'un à titre « de succession d'un parent ; mais, en matière de commu- « nauté, on appelle *propres* tout ce qui n'est pas commun, « tout ce qui n'est pas entré en communauté. »

**354.** — On distinguait aussi, dans notre ancien droit, les *acquêts* de succession des *conquêts* de communauté : les biens qui n'étaient pas des propres s'appelaient des acquêts, dans la matière des successions, tandis qu'on

[1] *Suprà*, Tome I, n° 78.
[2] *Traité de la communauté*, n° 105.

Digitized by Google

les nommait des conquêts, dans la matière de la communauté.

Aujourd'hui, il n'y a plus dans les successions ni propres ni acquêts, puisqu'aux termes de l'article 732 la loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession. Aussi les rédacteurs du Code ont-ils pris les mots acquêts et conquêts comme synonymes dans la communauté,[1] et c'est dans ce sens que nous les emploierons, par opposition aux propres, qui ne sont plus aujourd'hui que des propres de communauté.

**355.** — Nous diviserons nos explications sur l'actif de la communauté en trois sections, correspondant aux trois éléments qui le composent :

I. — *De l'actif mobilier de la communauté.*
II. — *Des fruits des biens propres des époux.*
III. — *De l'actif immobilier de la communauté.*

[1] *Voir* notamment les articles 1402 et 1408.



Digitized by Google

## SECTION I.

### *De l'actif mobilier de la communauté.*

**356.** — « La communauté se compose, dit l'article 1401, « 1° de tout le mobilier que les époux possédaient au jour « de la célébration du mariage, ensemble de tout le mobi- « lier qui leur échoit pendant le mariage à titre de suc- « cession ou même de donation, si le donateur n'a exprimé « le contraire ».

La rédaction de ce texte est incorrecte ; il ne range en effet dans le mobilier commun que le mobilier présent des époux, et celui qu'ils acquerront par succession ou donation ; de sorte que, à s'en tenir à la lettre du texte, le mobilier acquis à titre onéreux par chacun des époux durant le mariage lui resterait propre. Cette idée serait tout à fait inexacte : puisque le mobilier acquis à titre de succession tombe dans la communauté, à plus forte raison en est-il ainsi du mobilier acquis à titre onéreux, qui doit suivre le sort des immeubles acquêts.

Si le législateur a employé ces expressions incorrectes, c'est probablement parce qu'il a voulu bien mettre en relief le sort différent des meubles et des immeubles acquis à titre gratuit, et qu'il n'a pas songé qu'un doute pût s'élever pour les meubles acquis à titre onéreux.

Digitized by Google

Nous dirons donc que la communauté se compose de tout le mobilier que les époux possèdent au jour de la célébration du mariage, et de celui qu'ils acquerront pendant le mariage, n'importe à quel titre.[1]

**357.** — Nous diviserons cette section, consacrée à l'actif mobilier, en trois paragraphes :

§ I. — *Des meubles qui entrent en communauté ;*

§ II. — *Des meubles propres ;*

§ III. — *Comment se prouve la nature de propres ou d'acquêts des meubles.*

## § I

### *Des meubles qui entrent en communauté.*

**358.** — Tout le *mobilier* présent et futur des époux, disons-nous, entre dans la communauté : le mot « mobilier » doit s'entendre dans le sens indiqué par l'article 535, et comprendre tout ce qui est censé meuble d'après les règles établies au titre *de la Distinction des biens.*

La communauté comprendra donc non seulement les meubles corporels, mais aussi les meubles incorporels, les créances : c'est ce qui résulte clairement du rapprochement des articles 529 et 535. Telle était aussi la solution de notre ancien droit coutumier : « Hommes et femmes conjoints sont uns et communs en biens meubles, dettes actives... »

**359.** — Le mobilier futur entre en communauté comme le mobilier présent des époux : qu'ils l'aient acquis à titre onéreux pendant le mariage, ou qu'il leur soit advenu par succession ou donation, il sera commun.

[1] Troplong, I, n° 415; Rodière et Pont, I, n° 436; Laurent, XXI, n° 212.

Digitized by Google

Il faut assimiler au mobilier échu par voie de succession *ab intestat* celui qui aurait été légué à l'un des époux : il est vrai que la loi ne parle que de la succession, ce qui signifie succession *ab intestat*, et de la donation. Mais on peut dire que le mot succession comprend à la fois la succession testamentaire et la succession *ab intestat* : puis, comme nous l'avons dit, la formule de l'article 1401 n'est pas assez large, et il faut décider que tout le mobilier futur des époux entre en communauté, sans distinguer entre les divers modes d'acquisition.

**360**. — Que décider si l'un des époux est créancier d'une obligation alternative ou facultative, dont l'un des objets est mobilier, et l'autre immobilier ? Il faut, d'après les principes généraux des obligations, distinguer suivant que l'obligation est alternative ou facultative.

Si elle est alternative, elle a réellement deux objets, et son caractère mobilier ou immobilier se déterminera par le choix qui sera fait pour le paiement, choix qui appartient d'ordinaire au débiteur, d'après l'article 1190 : si l'objet payé est meuble, il tombera dans la communauté, et, s'il est immeuble, il restera propre.[1]

Si l'obligation est facultative, elle n'a en réalité qu'un objet : je dois une somme d'argent avec faculté de me libérer en cédant un immeuble, ma dette est mobilière, et l'immeuble est seulement *in facultate solutionis*. Par suite, l'obligation tombera ou non dans la communauté, suivant le caractère mobilier ou immobilier de son objet direct ; et l'on ne s'attachera pas à la nature de l'objet qui a été réellement payé.[2]

**361**. — Si l'un des époux est créancier d'une obligation de faire, une opinion enseigne que cette obligation entrera en communauté, si l'objet en est mobilier ; mais que, si elle a pour objet un immeuble, comme l'obligation prise

[1] Rodière et Pont, I, n° 375.
[2] Rodière et Pont, I, n° 376.

Digitized by Google

par un architecte ou entrepreneur vis-à-vis du propriétaire du sol de construire un édifice, elle demeurera propre à l'époux créancier.

Voici comment raisonnent les partisans de cette théorie. Le caractère d'une obligation se détermine par son objet : or l'objet de l'obligation de l'architecte, dans l'hypothèse que nous venons d'indiquer, c'est de construire une maison, et, s'il remplit son obligation, il aura procuré un immeuble au créancier. Sans doute, s'il ne la remplit pas, cette obligation se résout en dommages-intérêts, comme le dit l'article 1142 : mais c'est là une transformation de l'obligation, qui ne change pas le caractère du lien de droit primitif, de même que le paiement, dans l'obligation facultative, ne modifie pas la nature de cette obligation.[1]

Nous croyons, au contraire, que l'obligation de faire a toujours un caractère mobilier, l'objet de l'obligation fût-il un immeuble, et que par suite elle devra toujours entrer dans l'actif de la communauté.

C'était l'opinion de Pothier :[2] « La créance qui résulte à « mon profit du marché que j'ai fait avec un architecte pour « me bâtir une maison étant la créance d'un fait, en sui- « vant nos principes, est une créance mobilière. »

Cette opinion nous paraît tout à fait juridique, et la théorie que nous combattons nous paraît confondre le résultat final de l'accomplissement de l'obligation avec l'objet de cette obligation. L'objet direct et précis de l'obligation de l'architecte, c'est un fait, c'est-à-dire un objet mobilier : si ce fait est accompli, il produira pour le propriétaire du sol un accroissement de son immeuble, ou, si l'on veut, un immeuble nouveau. Mais ce résultat n'est pas l'objet de

[1] Toullier, VI, n° 408; Marcadé, V, article 1401; Bugnet, sur Pothier, *Introduction générale aux coutumes*, n° 50, note, et *Traité de la communauté*, n° 72, note; Rodière et Pont, I, n° 391.

[2] *Op. et loc. citat.*

Digitized by Google

l'obligation : ce que le créancier peut demander au débiteur, c'est l'accomplissement d'un fait, et, en pas d'inexécution, des dommages et intérêts, et nous ne pouvons voir de caractère immobilier dans une telle obligation.[1]

**362.** — En principe, l'usage auquel sert le mobilier, fût-ce un usage exclusivement personnel à l'un des époux, ne l'empêche pas d'entrer dans l'actif de la communauté. C'est ce qui ressort notamment de l'article 1492, qui, par exception, permet à la femme renonçante de retirer les linges et hardes à son usage : c'est là une exception de faveur, que l'on ne saurait étendre au mari, et qui même, comme nous le dirons en étudiant l'article 1492, est très limité en ce qui concerne la femme.[2]

Nous verrons cependant, au § II, *Des meubles propres*, qu'il y a certains objets mobiliers qui doivent, selon nous, demeurer propres à l'époux à raison soit de leur nature, soit de l'usage auquel ils sont destinés.[3]

**363.** — L'origine du mobilier qui advient aux époux pendant le mariage, fût-elle essentiellement personnelle à l'époux, ne l'empêche pas d'entrer dans la communauté.

Ainsi la gratification donnée au mari pour services rendus à la patrie avant son mariage fera partie de l'actif de la communauté.[4] La même solution a été adoptée, avec raison, pour la pension accordée à un blessé de Juillet, en vertu de la loi du 30 août 1830.[5]

De même encore, les dommages intérêts obtenus par l'un des époux pour crime ou délit commis sur sa personne doivent être compris dans la communauté. D'ailleurs, si le crime ou le délit a été commis pendant le mariage, il y a un motif spécial pour le décider ainsi : c'est que le dom-

[1] Troplong, I, n° 401 ; Demolombe, IX, n°s 372 et suiv.
[2] Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 3, p. 282.
[3] *Infrà*, Tome I, n°s 387 et suiv.
[4] Cassation, 7 novembre 1827, Sirey, o. N., VIII, I, 686. — Troplong, I, n° 408 ; Laurent, XXI, n° 225.
[5] Colmar, 20 décembre 1832, Sirey, 33, II, 185.

Digitized by Google

mage a été causé non seulement à l'époux, mais à la communauté, appelée à profiter des résultats de l'activité et de l'industrie des époux.[1]

**364.** — Le mobilier que l'un des époux recueille par le pur effet du hasard fait aussi partie de la communauté.

Ainsi personne ne doute que la moitié du trésor, attribuée à l'époux qui l'a découvert, doit entrer en communauté. Nous verrons que la question est très discutée pour la moitié qui lui serait attribuée comme propriétaire du sol, mais la raison de douter vient alors de ce que cette partie du trésor peut être considérée comme un accessoire de l'immeuble propre, et exclue à ce titre de la communauté.[2]

De même les gains faits par l'un des époux à la loterie, ou obtenus par lui au moyen du jeu ou des paris, constitueront l'un des éléments de la communauté.[3]

**365.** — Les objets mobiliers que l'un des époux allèguerait avoir acheté avec des deniers à lui propres, n'en tomberaient pas moins dans la communauté, si les conditions exigées pour un remploi régulier n'ont pas été accomplies.

Cette solution a été consacrée dans l'hypothèse où la femme avait acheté pendant le mariage de l'argenterie, et soutenait l'avoir achetée de ses deniers : on a jugé avec raison qu'à défaut de justification régulière de remploi, la femme était réputée avoir agi comme mandataire de la communauté.[4]

**366.** — Puisque les objets mobiliers dont les époux sont propriétaires tombent dans la communauté, à plus forte raison en est-il ainsi de ceux sur lesquels ils n'ont

[1] Colmar, 11 avril 1827, Sirey, c. N., IX, II, 66. — Troplong, I, n° 422-423 ; Rodière et Pont, I, n° 457.

[2] *Infrà*, Tome I, n° 394.

[3] Rodière et Pont, I, n° 455-456.

[4] Cassation, 22 mars 1853, Sirey, 53, I, 467, et Dalloz, 53, I, 102. — Laurent, XXI, n° 216.

Digitized by Google

qu'un droit réel d'usufruit : leur usufruit tombe dans la communauté, qu'il ait été constitué avant ou pendant le mariage, au même titre que le droit de propriété qu'ils auraient sur ces objets.

Si au contraire il s'agit d'un usufruit constitué sur des immeubles, la communauté n'a droit qu'aux arrérages que cet usufruit produira, mais le droit d'usufruit reste propre à l'époux, puisqu'il constitue un droit réel immobilier.

**367.** — La solution devra-t-elle être la même si, au lieu d'un droit d'usufruit constitué sur des immeubles, l'un des époux a un droit de jouissance à titre de bail sur des immeubles ? Le droit au bail tombera-t-il dans la communauté ?

Cette question, très controversée, se rattache à la matière *du Louage* : pour ceux qui admettent, comme M. Troplong, que le droit du preneur est un droit réel, il est logique de décider qu'il ne tombe pas en communauté, s'il porte sur des immeubles ; et telle est en effet la solution qu'adopte le savant jurisconsulte.[1] Pour ceux, au contraire, qui, comme nous, ne reconnaissent au droit du preneur qu'un caractère personnel, la solution contraire doit être adoptée : et nous croyons tout à fait que le droit au bail d'immeubles fera partie de l'actif de la communauté.[2]

Pour l'emphytéote au contraire, d'après la solution qui a prévalu en jurisprudence, le droit du preneur emphytéotique étant considéré comme un droit réel n'entrera pas en communauté.[3]

**368.** — Lors même que le droit qui appartient à l'époux aurait une origine immobilière, il entrera en communauté

[1] I, nos 402-404.

[2] *Voir* sur cette question notre *Traité du Louage*, I, nos 17-29.

[3] *Voir* notre *Traité du Louage*, I, no 10, et les arrêts qui y sont indiqués.

Digitized by Google

si, au moment où il se réalise, sa nature est mobilière : ce qu'il faut examiner en effet, au point de vue de la composition de l'actif de la communauté, ce n'est pas l'origine du bien, mais sa nature. Le mobilier, dit l'article 1401, entre en communauté, c'est-à-dire le mobilier actuel, son origine fût-elle immobilière.

Ce principe fournit la solution d'une question qui avait été controversée entre Pothier et Lebrun : le prix d'un immeuble aliéné avant le mariage par l'un des époux, ou la soulte à lui due à raison d'un partage immobilier antérieur au partage, entrent-ils dans la communauté ? La solution affirmative a prévalu, et avec raison ; au moment du mariage, l'époux ne possédait plus qu'un droit mobilier, le droit au prix de la vente ou au montant de la soulte, droit mobilier qui doit entrer en communauté. En vain objecte-t-on que ce prix ou cette soulte représente un immeuble, qui ne serait pas entré en communauté si l'époux l'avait conservé ; il est impossible d'admettre que la créance d'une somme d'argent conserve la nature juridique de l'immeuble auquel est elle substituée dans le patrimoine de l'époux. Elle a sa nature propre, et c'est à ce titre qu'on doit la ranger parmi les meubles.

**269.** — Le même motif doit faire entrer dans l'actif de la communauté le prix remboursé, pendant le mariage, à l'époux qui avait acheté un immeuble sous faculté de rachat, et contre lequel le rachat est exercé. Sans doute, ce prix vient remplacer dans le patrimoine de l'époux un immeuble qui n'était pas entré en communauté ; mais, par l'effet de la condition résolutoire contenue dans la vente avec faculté de rachat, l'acquéreur évincé est réputé[1] avoir jamais été propriétaire de l'immeuble. Le droit à la

[1] Colmar, 27 février 1866, Sirey, 66, II, 227, et Dalloz, 66, V, 71. — Pothier, *Traité de la communauté*, n° 74 et 75; Duranton, XIV, n° 112; Rodière et Pont, I, n° 372 ; Troplong, I, n° 363; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 7, p. 283; Laurent, XXI, n° 230. — *Contrà*, Lebrun, p. 35, n° 20-21.

Digitized by Google

restitution du prix est donc un droit mobilier, dont la communauté profitera.[1]

**370.** — Faut-il adopter la même solution pour l'action en reprises, appartenant à l'un des époux dans la communauté qu'il a eue dans un précédent mariage? C'est là une question très controversée, que nous examinerons en traitant des récompenses ou indemnités dues par la communauté aux époux; mais nous pouvons indiquer dès à présent que dans la solution que nous adopterons, l'action en reprise a une nature purement mobilière, même si des immeubles de la communauté sont cédés à l'époux en paiement de ses reprises; et, par suite, cette action doit entrer en communauté.

**371.** — Doivent encore entrer en communauté, comme valeurs mobilières, l'action ou l'intérêt appartenant à l'un des époux dans une société commerciale existant au moment du mariage, ou formée depuis; et cela lors même que l'actif de cette société comprendrait des immeubles. Cette solution repose sur les termes mêmes de l'article 529, qui déclare meubles les actions ou intérêts dans les compagnies de finance ou d'industrie, encore que des immeubles appartiennent aux compagnies : aussi est-elle généralement admise.[2]

Mais, si la société était déjà dissoute et en liquidation au moment de la célébration du mariage, une opinion soutient que la communauté profitera ou non de l'émolument attribué à l'époux, suivant que cet émolument sera mobilier ou immobilier. Dans cette hypothèse, dit-on, la communauté ne recueille au moment de sa formation qu'un droit purement éventuel, subordonné aux résultats du partage, et qui sera régi par les articles 883 et 1408; et si des im-

[1] Amiens, 10 avril 1861, Dalloz, 61, II, 102; Rennes, 6 avril 1870, Dalloz, 71, II, 67. — Rodière et Pont, I, n° 373; Laurent, XXI, n° 231.

[2] Tribunal de Lyon, 4 avril 1884, Sirey, 86, II, 23. — Rodière et Pont, I, n°s 339-344; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 14, p. 285-286.

Digitized by Google

meubles sont attribués à l'époux associé, ils lui resteront propres.[1]

Nous croyons qu'il faut admettre cette théorie, qui nous paraît conforme à l'article 883 : sans doute, tant que la société commerciale vit, l'action ou l'intérêt est meuble, même si cette société possède des immeubles ; mais la dissolution de la société va changer le caractère de ce droit. La communauté le recueille, non plus comme droit social, mais comme droit indivis, avec l'éventualité d'obtenir des immeubles par le résultat de la liquidation : ce droit présente des alternatives de réalisation mobilière ou immobilière, et il n'entrera dans la communauté, suivant l'article 883, que si le partage met des meubles dans le lot de l'époux associé.

372. — Si l'époux est propriétaire d'une part dans une société civile, et que cette société possède des immeubles, c'est une question très discutée que de savoir si le droit de l'époux est mobilier ou immobilier : elle se rattache à une question plus large, les sociétés civiles forment-elles, comme les sociétés commerciales, des personnes morales, ayant une existence distincte de la personnalité des associés ?

Cette question rentre dans l'étude du *Titre des Sociétés*, Livre III, Titre IX : aussi devons-nous nous borner à indiquer les autorités en sens divers, en ajoutant que la part dans la société civile tombera ou non en communauté, suivant qu'on reconnaîtra ou non à la société civile la qualité de personne morale.[2]

[1] De Folleville, I, n° 147.

[2] En faveur de la personnalité civile : Pardessus, *Droit commercial*, IV, 975 et 976 ; Proudhon, *De l'usufruit*, IV, n° 2065 ; Delangle, *Des Sociétés*, 14 et suiv. ; Troplong, *Des Sociétés*, I, n° 58 ; Duvergier, *des Sociétés*, I, n°s 141, 381 et suiv. ; Bravard-Veyrières, *Traité de droit commercial*, I, p. 170 et suiv. — Cassation, 9 mai 1864, Sirey, 64, I, 239, et Dalloz, 64, I, 232. — En faveur de l'absence de personnalité civile : Thiry, *Revue critique*, 1854, p. 412, et 1855, p. 289 ; Demangeat sur Bravard, *Op. cit.*, p. 174, note 1 ; Aubry et Rau, IV, § 377, texte et note 16, p. 546-547 ; Lyon-

Digitized by Google

**373.** — Si l'un des époux recueille pendant le mariage, une succession en partie mobilière et en partie immobilière, l'on est loin d'être d'accord sur la mesure dans laquelle la part recueillie par lui tombera dans la communauté.

Supposons d'abord un partage de la succession en nature et sans soulte.

Dans cette hypothèse, pour les uns, la communauté profite de cette part d'après la valeur comparative des meubles et des immeubles composant la succession, sans que l'on ait à examiner quelle est, en fait, la quantité de meubles et d'immeubles que l'époux reçoit réellement par le résultat du partage.

« On doit ici se défaire, disait Lebrun, de tous les pré-
« jugés de la matière des successions ; et il ne s'agit plus
« de dire que les partages ont un effet rétroactif, qu'on est
« censé avoir eu au moment du décès ce qu'on a dans l'é-
« vènement des partages ; ces raisons sont hors d'œuvre
« en fait de récompenses de communauté, qui ne touchent
« point aux partages de successions et les laissent comme
« ils sont, mais qui indemnisent le conjoint de ce qu'il
« devait avoir, et sont un remède nécessaire pour conser-
« ver l'égalité entre conjoints ».[1]

Sous l'empire du Code, on soutient que l'opinion de Lebrun doit être suivie, car l'article 883 est, dit-on, inapplicable en matière de communauté et pour le règlement des droits des époux. On ajoute que la plupart des successions se composent de meubles et d'immeubles, et que d'ordinaire les héritiers, qui n'obtiennent pas toute la part d'immeubles à laquelle ils ont droit, en sont remplis au moyen de l'attribution de valeurs mobilières provenant de la succession. Si ces valeurs entraient dans la communauté, la

Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, n° 290. — Orléans, 26 août 1869, Dalloz, 69, II, 185; Nancy, 31 mai 1872, Dalloz, 73, II, 103.

[1] *De la communauté*, Liv. I, Chap. V, Sect. II, Distinct. I, n° 40-43.

Digitized by Google

question de savoir si les biens provenant d'une succession sont propres ou acquêts dépendrait d'un accident du partage, ou des combinaisons adoptées pour la liquidation de la succession, ce qui est incompatible avec le principe des récompenses en matière de communauté.[1]

Cette opinion est repoussée par la majorité des auteurs et par les arrêts, et nous croyons que c'est à bon droit.

En effet, la règle de l'article 883 est absolue, et, comme le dit très bien M. Demolombe, directement applicable à la question que nous examinons : si l'époux héritier est réputé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, s'il en est de même de ses cohéritiers, il est impossible de dire que l'époux héritier avait droit à d'autres biens que ceux qu'il a reçus. Il avait, pendant l'indivision, des droits suspendus et indéterminés, le partage les a fixés *erga omnes*, aussi bien à l'égard du conjoint de l'héritier qu'à l'égard des autres intéressés.

Que l'on n'objecte pas que cette solution est contraire à l'article 1096, qui défend les donations irrévocables entre époux pendant le mariage, et à l'article 1437, qui a créé la théorie des récompenses ; nous répondrions, avec M. Demolombe, que ces deux principes, celui de l'article 1096 et celui de l'article 1437, existaient déjà dans notre ancien droit, ce qui n'empêchait pas Pothier d'adopter la théorie que nous exposons :

« On ne peut pas dire, en ce cas, disait Pothier, que ce « qu'il (l'époux) a eu de mobilier dans son lot, de plus que « le montant de sa part dans le mobilier de la succession, « lui tienne lieu et soit subrogé à ce qu'il a eu de moins « que sa part dans la masse immobilière. Les meubles et « les immeubles de cette succession ne composent qu'une « même succession, dans laquelle le conjoint est censé

[1] Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 13, p. 285; et VI, § 625, texte et note 29, p. 567-568; Laurent, XXI, n° 233.

Digitized by Google

« n'avoir jamais eu de droit qu'aux choses échues dans « son lot, par lequel il est rempli de toute sa portion héré- « ditaire. On ne peut donc pas dire, en ce cas, que ce qu'il « a eu de mobilier dans son lot lui tienne en rien lieu de « quelque droit immobilier, ni par conséquent l'exclure de « la communauté ».[1]

Ajoutons que notre théorie fait à l'article 883, d'un côté, et de l'autre aux articles 1096 et 1437 leur part d'application : si le partage est loyal, et que l'inégalité de répartition dans les lots de meubles et d'immeubles tienne à la composition des biens héréditaires, on appliquera l'article 883. Si, au contraire, le partage est frauduleux, s'il a eu pour but d'enrichir l'époux aux dépens de la communauté, ou la communauté aux dépens de l'époux, on appliquera les articles 1096 et 1437.[2]

**374.** — Supposons, en second lieu, que les héritiers procèdent à une licitation des biens héréditaires au lieu d'un partage en nature, ou que le partage de ces biens soit fait avec soulte : nous croyons que les prix de licitation, ou la soulte immobilière attribuée à l'époux, n'entreront pas en communauté, mais resteront propres à l'époux.

C'était la solution de Pothier :

« Ce retour n'est pas, disait-il, un simple effet mobilier « de la succession, auquel on puisse dire que le conjoint « a succédé. On ne peut pas dire que ce soit un effet de la « succession, puisque la succession était toute immobi- « lière, et que ce n'est pas dans la bourse de la succession, « mais dans la bourse particulière du cohéritier qui en est « chargé, que doit se prendre ce retour.

« Ce retour en deniers dont son cohéritier est chargé « envers lui par le partage doit donc passer pour une cré- « ance contre son cohéritier, mobilière à la vérité, mais

[1] *Traité de la communauté*, n° 100.

[2] Caen, 9 mars 1839, Sirey, 39, II, 351 ; Caen, 18 août 1880, Sirey, 81, II, 113 ; et les arrêts et les auteurs cités *infrà*, n° 374, note.

Digitized by Google

« qui lui tient lieu non d'aucuns immeubles déterminés, « n'ayant succédé qu'à ceux échus en son lot, mais d'un « droit immobilier indéterminé, puisqu'elle lui tient lieu « de ce qui manquait à son lot pour parfaire sa part et « son droit à une succession immobilière. Cette créance « lui est provenue, durant le mariage, du droit qu'il avait « à une succession immobilière, et par conséquent d'un « droit immobilier : elle doit donc, suivant notre principe, « quoiqu'elle soit mobilière en soi, être exclue de la com- « munauté ».[1]

Cette solution découle d'ailleurs d'un ordre d'idées plus général, que nous développerons en traitant des propres immobiliers :[2] les meubles, substitués à des propres immobiliers, doivent rester propres comme les immeubles qu'ils représentent. Ce principe, consacré notamment par l'article 1433, doit résoudre la question que nous examinons, car la soulte ou le prix de licitation représente les droits immobiliers de l'époux cohéritier.[3]

**375.** — Les rentes viagères créées au profit des époux ou de l'un d'eux entrent-elles dans l'actif de la communauté ? Il faut, pour résoudre cette question difficile, distinguer trois hypothèses : la rente viagère peut, en effet, avoir été constituée au profit de l'un des époux avant le mariage ; elle peut, en second lieu, avoir été créée pendant le mariage au profit des deux époux ou de l'un d'eux, avec des deniers de communauté, mais sans clause de reversibilité au profit du survivant ; elle peut enfin avoir été créée avec clause de reversibilité.

Dans la première hypothèse, celle où l'un des époux

[1] *Traité de la communauté*, n° 100.

[2] *Infrà*, Tome I, n°s 395 et suiv.

[3] Nancy, 3 mars 1837, Sirey, 39, II, 202; Caen, 9 mars 1839, Sirey, 39, II, 351 ; Douai, 9 mars 1849, Sirey, 50, II, 180; Cassation, 11 décembre 1850, Sirey, 51, I, 253, et Dalloz, 51, I, 287; Caen, 18 août 1880, Sirey, 81, II, 113. — Troplong, I, n° 444; Rodière et Pont, I, n°s 431-433; Demolombe, XVII, n° 317.

Digitized by Google

apporte en mariage une rente viagère, nous n'éprouvons aucune difficulté à décider qu'elle entrera en communauté: cette rente est meuble, aux termes de l'article 529, dernier alinéa ; il n'y a donc aucune raison juridique pour la soustraire à l'application de notre règle de l'article 1401, 1°, qui porte que la communauté se compose de tout le mobilier des époux.[1]

Il faut assimiler aux rentes viagères les rentes perpétuelles, qui ont le même caractère mobilier (article 529).

Supposons maintenant que la rente viagère ait été créée pendant le mariage, avec des deniers de communauté, sur la tête des deux époux, et sans clause de reversibilité au profit du survivant, ou sur la tête de l'un d'eux seulement: nous déciderons encore que cette rente n'appartient pas en propre pour moitié à chacun des deux époux, mais qu'elle entre dans la communauté.

La conséquence pratique de ce système est que la rente doit être comprise dans la masse des biens partageables, lors de la dissolution de la communauté ; et que, si l'époux dans le lot duquel elle se trouve prédécède, elle appartient à ses héritiers.

Voici les motifs qui doivent faire adopter cette solution : sous le régime de la communauté, les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage sont, en principe, communs ; il n'y a de propres que les biens acquis par l'un des époux en remplacement d'un de ses propres, ou les augmentations et améliorations apportées à un propre.

Ici rien de pareil : les époux ont pris de l'argent dans la caisse de la communauté pour constituer une rente viagère, et, si l'on admettait qu'elle forme un propre, on les autoriserait à déroger au régime matrimonial qu'ils ont adopté.

[1] Cassation, 30 avril 1862, Sirey, 62, I, 1036.— Duranton, XIV, n° 125; Rodière et Pont, I, n° 423 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 5, p. 282.

Digitized by Google

La loi autorise sans doute les époux à contracter des emprunts à la communauté, et à se constituer ainsi une valeur propre, moyennant récompense à la communauté, mais l'article 1437 lui-même indique dans quelle mesure les fonds ainsi empruntés peuvent constituer un propre : c'est lorsqu'il s'agit du rachat de services fonciers grevant un propre, de la conservation ou de l'amélioration des propres. Sans doute, ce ne sont là que des exemples, puisque le texte ajoute qu'il sera dû récompense toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté : mais ils suffisent pour indiquer que l'argent de la communauté ne peut servir à constituer de nouveaux propres, mais seulement à rendre meilleure la condition de ceux qui existent.

Constituer une rente propre aux deux époux avec des deniers communs, ce serait déroger aux conventions matrimoniales, et par suite faire échec aux dispositions de l'article 1395.[1]

La même solution devrait être admise, par les mêmes motifs, si la rente viagère était constituée sur la tête de l'un des époux, au lieu de l'être sur la tête des deux époux.

**376.** — Si la rente est constituée avec des deniers de la communauté sur la tête des deux époux, avec réversibilité au profit du survivant, le caractère et les effets de cette clause de réversibilité n'ont pas fait naître moins de quatre systèmes.

Un premier système, très ingénieusement défendu par M. Labbé,[2] voit dans cette clause de réversibilité une

[1] Rennes, 16 juin 1841, Sirey, 41, II, 553 ; Angers, 6 mars 1843, Sirey, 46, II, 37, et Dalloz, 45, II, 56 ; Paris, 19 février 1864, Sirey, 65, II, 4, et Dalloz, 65, II, 73 ; Poitiers, 1er août 1872, Sirey, 72, II, 203, et Dalloz, 73, V, 109. — Pothier, *Constitution de rente*, n° 242 ; Rodière et Pont, I, n° 423 ; Troplong, I, n° 407 ; Mourlon, *note* dans Dalloz, 65, II, 73 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 9, p. 283-284 ; Laurent, XXI, n° 218.

[2] *Journal du Palais*, 1865, p. 85, *note* sur l'arrêt de Cassation du 19 février 1864.



Digitized by Google

double donation éventuelle faite par chacun des conjoints à l'autre. Si cette convention était une convention à titre onéreux, elle devrait être annulée comme dérogeant au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, écrit dans l'article 1395 : il faut donc plutôt y voir une donation, ce qui est la seule manière de lui faire produire effet. Ces deux donations, quoique réciproques et contenues dans le même acte, seront valables malgré l'article 1097, car elles sont accessoires au contrat à titre onéreux fait avec l'emprunteur, et dans ce cas l'article 1973 est applicable. La clause de réversibilité est donc valable, dans ce système : mais on la traitera comme une donation, d'où suit qu'elle sera réductible si elle dépasse la quotité disponible, et que, tant que dure le mariage, elle sera révocable du chef de chacun des époux.

Les trois autres systèmes s'accordent, au contraire, à reconnaître le caractère de convention à titre onéreux à cette clause de réversibilité, et nous croyons que c'est à bon droit : en effet, aucun des deux époux n'est donateur, ni donataire ; ils ont fait entre eux une convention aléatoire, qui profitera soit à l'un, soit à l'autre, suivant l'événement, mais ce caractère aléatoire exclut toute idée de libéralité. D'ailleurs, comme l'observe exactement M. Mourlon, il est certain que les époux n'ont pas eu l'intention de se faire de donation, et ce n'est pas parce que l'acte ne serait pas valable comme convention à titre onéreux qu'il faut y voir une libéralité, en dehors de l'intention des parties.

**377.** — Le caractère à titre onéreux de la clause de réversibilité étant reconnu, une opinion enseigne que cette clause doit être considérée comme nulle, et que la rente doit être partagée entre l'époux survivant et les héritiers du prédécédé, par les motifs suivants. La réversibilité de la rente déroge aux principes de la communauté : « Il ne saurait, disent MM. Aubry et Rau, dépen-« dre des époux, en dehors des conditions prescrites pour « le remploi, de créer des propres au profit de l'un d'eux ;

Digitized by Google

« et il n'y a aucune raison de distinguer, à cet égard, entre « l'acquisition d'une rente viagère et celle d'un immeuble. « Toute convention, expresse ou tacite, qui aboutirait à un « pareil résultat, serait nulle, soit comme tendant à modi- « fier les effets légaux du régime de communauté, soit « comme constituant une donation mutuelle, faite entre « conjoints par le même acte ».[1]

Un autre système déclare la convention de réversibilité valable, et décide qu'elle devra produire effet au profit du survivant, sans qu'il soit tenu de payer aucune indemnité à la communauté. Cette clause est, dit-on, un contrat aléatoire, à titre onéreux, par lequel chacun des époux a un droit éventuel à la totalité de la rente : l'époux qui profite de la rente, parce qu'il a survécu à son conjoint, ne recueille aucun avantage, puisque, s'il était mort le premier, son conjoint aurait eu le même bénéfice aux dépens du patrimoine commun. Le prétendu bénéfice n'est donc que le résultat d'un *alea*, qui ne peut donner lieu à aucune récompense.[2]

Enfin un dernier système, accrédité en jurisprudence et que nous croyons le plus juridique, affirme que la stipulation de réversibilité est valable, mais que l'époux survivant n'en pourra profiter qu'à la condition de payer à la communauté une récompense, dont nous allons indiquer les bases.

La clause de réversibilité est valable, disons-nous.

Observons d'abord qu'elle est fort utile, puisqu'elle permet aux époux, qui n'ont qu'une fortune modique, d'assurer au survivant une aisance qu'aucune autre combinaison ne pourrait lui donner. Lorsque les époux n'ont pas d'en-

[1] V, § 507, texte et note 9, p. 283-284. — *Sic* Trib. de Baugé, 21 décembre 1872, Sirey, 73, II, 90. — Mourlon, *note* précitée; Laurent, XXI, n° 219.

[2] Rennes, 3 janvier 1861, Sirey, 61, II, 591 ; Besançon, 23 mai 1871, Sirey, 74, II, 310, et Dalloz, 72, II, 215. — Troplong, II, n° 1200, et *Des contrats aléatoires*, p. 254.

Digitized by Google

fants, quel emploi meilleur peuvent-ils faire des biens communs que de fournir au survivant des moyens d'existence honorables ?

On objecte que les fonds de la communauté ne doivent pas servir à créer des propres aux époux ou à l'un d'eux : nous l'avons nous-mêmes reconnu, en examinant la question de savoir si la rente créée par les époux avec des deniers communs est propre ou acquêt. Mais, du moment où l'on oblige l'époux survivant à indemniser la communauté de la valeur de la rente réversible sur sa tête, la communauté n'en éprouve aucun préjudice, et il n'est plus exact de dire que l'on a constitué un propre à l'un des époux avec les fonds de la communauté : c'est, en dernière analyse, l'époux survivant lui-même qui paiera la valeur de la rente dont il doit profiter.[1]

Quant au chiffre de la récompense, il est facile à déterminer, si la rente viagère est servie par une compagnie d'assurances : ce sera la valeur estimative de la rente au jour de la dissolution de la communauté, valeur calculée d'après le tarif de la compagnie d'assurances qui sert la rente.[2] Si la rente est servie par un particulier, mieux vaut alors abandonner le tarif des compagnies d'assurances, et prendre pour base la somme payée originairement pour la constitution de la rente, en tenant compte de l'âge de l'époux survivant.[3]

[1] Cassation, 29 avril 1851, Sirey, 51, I, 329, et Dalloz, 52, I, 25; Paris, 11 juin 1853, Sirey, 53, II, 456, et Dalloz, 54, II, 88; Paris, 19 février 1864, Sirey, 65, II, 4, et Dalloz, 65, II, 73; Cassation, 16 décembre 1867, Sirey, 68, I, 118, et Dalloz, 68, I, 270; Cassation, 6 mars 1873, Sirey, 74, I, 129; Cassation, 20 mai 1873, Sirey, 73, I, 339, et Dalloz, 74, I, 72; Caen, 12 mars 1874, Sirey, 74, II, 310; Paris, 26 juin 1880, Sirey, 80, II, 315, et Dalloz, 81, II, 207; Lyon, 6 janvier 1881, Sirey, 84, II, 146, et Dalloz, 83, II, 169. — Rodière et Pont, II, nos 871 et 951; Aubry et Rau, *Troisième édition*, IV, § 511, texte et note 32, p. 311-312; Pont, *Des petits contrats*, I, no 701.

[2] Arrêt de Paris du 5 avril 1866, joint à l'*arrêt précité* de Cassation du 16 décembre 1867.

[3] *Arrêt précité* de Caen du 12 mars 1874.

Digitized by Google

**378.** — Le bénéfice de l'assurance sur la vie contractée par l'un des époux tombe-t-il dans la communauté ? Peu de questions sont plus controversées que celle-ci : mais le développement qu'il faudrait donner aux divers systèmes qu'elle a fait naître nous entraînerait en dehors de notre sujet, qui est le commentaire de l'article 1401 ; aussi allons-nous nous borner à exposer le système que nous adoptons, avec les arguments principaux qui nous semblent de nature à le faire triompher ; puis nous indiquerons les sources où la question peut être plus complètement étudiée.

L'assurance sur la vie peut être contractée de deux manières : l'époux assuré peut stipuler d'abord pour lui-même, soit par une assurance mixte, soit par une assurance à vie entière, mais dans laquelle il se réserve la faculté de disposer jusqu'à son décès des capitaux assurés ; c'est même la forme la plus habituelle des contrats d'assurance, où l'on indique que la somme assurée sera payable aux héritiers de l'assuré ou à son ordre. L'époux assuré peut, au contraire, stipuler directement au profit d'un tiers dénommé dans la police, sans se réserver ni le bénéfice personnel, ni la disposition de la somme assurée.

Dans le premier cas, lorsque l'époux assuré s'est réservé le bénéfice ou la disposition de la somme assurée, nous croyons que cette somme tombera en communauté, et les motifs que nous allons invoquer sont analogues à ceux que nous venons de donner à propos de la constitution de rente viagère sur la tête de l'un des époux. En principe, les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage sont communs : or tel est le caractère de la somme assurée, qui est immédiatement acquise, sous la condition du paiement des primes. Admettre la solution contraire, ce serait autoriser les époux à se créer des propres avec les deniers de la communauté, c'est-à-dire à modifier les règles de la loi matrimoniale qu'ils ont adoptée.[1]

[1] Cassation, 15 décembre 1873, Sirey, 74, I, 189, et Dalloz, 74,

Digitized by Google

Au contraire, si la police d'assurance porte que la somme assurée sera payée à un tiers spécialement désigné, de telle manière que l'époux assuré n'en ait ni le bénéfice ni la disposition, nous pensons que la somme assurée n'entre pas en communauté. Le tiers bénéficiaire a acquis un droit au capital assuré le jour même où la police a été souscrite, et la communauté ne peut profiter d'une valeur sur laquelle l'époux n'a jamais eu de droits.[1]

Nous aurons seulement à examiner, dans ce système, lorsque nous étudierons la théorie des récompenses avec les articles 1435-1437, s'il n'est pas dû récompense à la communauté qui a payé soit les primes annuelles, soit le capital qui a été versé pour prix de l'assurance.[2]

**379.** — Si l'époux était officier ministériel au moment du mariage, ou s'il l'est devenu pendant le mariage, quel va être le sort, à la dissolution de la communauté, du prix de l'office ministériel dont il est titulaire ? Va-t-il rester propre à l'époux ou entrer en communauté ?

Une opinion, développée avec beaucoup de force et de logique par M. Labbé,[3] soutient que le prix de l'office ministériel ne doit pas entrer en communauté. La vénalité des offices est aujourd'hui supprimée, l'office ministériel n'est plus dans le commerce, il doit donc rester propre à

I, 113; Besançon, 10 février 1881, *Journal le Droit* du 24 septembre 1881; Caen, 6 décembre 1881, Sirey, 83, II, 33. — Herbault, *Traité des assurances sur la vie*, n° 357; Laurent, XXI, n° 235.

[1] Cassation, 2 juillet 1884, Sirey, 85, I, 5, et Dalloz, 85, 1, 150.

[2] *Voir*, en sens divers, sur cette question du sort des capitaux provenant des contrats d'assurance : de Folleville, I, n° 156; Ruben de Couder, *Dict. de dr. commerc., industr. et maritime*, V° ASSURANCE SUR LA VIE, n°s 97 et suiv.; *note* de M. Lyon-Caen, jointe à un arrêt de Douai du 31 janvier 1876, Sirey, 77, II, 33, et notes de M. Labbé, jointes à un arrêt de Cassation du 28 mars 1877, Sirey, 77, I, 393 ; à un arrêt de Paris du 1er août 1879, Sirey, 80, II, 249 ; à un arrêt de Cassation du 2 mars 1881, Sirey, 81, I, 145 ; et à l'arrêt de Cassation *précité* du 2 juillet 1884.

[3] *Note* jointe à un arrêt de Cassation du 6 avril 1880, Sirey, 81, I, 49.

Digitized by Google

l'époux titulaire ou à ses héritiers. Sans doute, le législateur autorise l'officier ministériel à présenter à l'agrément du gouvernement un candidat pour lui succéder, et à traiter à titre onéreux de sa démission et de la présentation de son successeur : mais ce n'est point là une vente, et le prix de la charge, corrélatif au talent, à la réputation, à l'honorabilité de l'officier ministériel qui se démet de ses fonctions, doit lui rester propre.

Toutefois, il devra récompense à la communauté des sommes qui ont été employées pour obtenir la démission de son prédécesseur, et qui étaient ou auraient été dans la communauté.

Nous croyons qu'il est plus conforme aux règles sur la composition de la communauté de décider qu'elle aura droit à la valeur de l'office ministériel.

Sans doute, dans la rigueur des principes, il est vrai de dire que les offices ministériels ne sont pas dans le commerce ; mais si l'on veut bien réfléchir que la loi du 26 avril 1816, en autorisant l'officier ministériel à présenter un successeur moyennant un prix débattu entre lui et ce candidat, procure au prédécesseur tous les avantages d'une véritable vente ; que la doctrine et la jurisprudence admettent en faveur du prédécesseur le privilège du vendeur d'effets mobiliers de l'article 2102, 4° ; qu'enfin les articles 6 et 7 de la loi du 25 juin 1841 soumettent le traité de cession d'office au droit de 2 0/0, auquel sont assujetties les ventes mobilières, on est amené à reconnaître que sinon dans les termes, au moins dans les effets, la transmission des offices ministériels équivaut à une vente.

Nous reconnaissons que c'est là un contrat *sui generis*, soumis à des conditions spéciales de contrôle du gouvernement dans un intérêt d'ordre public, mais, comme ce contrat confère des avantages pécuniaires analogues à ceux que procure la vente, ces avantages doivent entrer en communauté.[1]

[1] Douai, 14 février 1863, Sirey, 64, II, 109; Cassation, 6 janvier

Digitized by Google

Observons cependant que ce n'est que l'émolument de la cession de l'office ministériel qui entre dans la communauté, ce n'est pas l'office ministériel lui-même, qui est en dehors du commerce : il suit de là que si la communauté se dissout par un autre mode que par la mort du mari, celui-ci n'est pas obligé de se démettre de son office ministériel pour en verser le prix dans la communauté. Il a le choix ou de se démettre immédiatement, et alors le prix qu'il obtiendra fera partie de l'actif de la communauté ; ou de conserver l'office dont il est titulaire, et alors il sera débiteur envers la communauté non pas du prix qu'il retirera plus tard de l'office, mais de la valeur de cet office au moment de la dissolution de la communauté. Ajoutons que ce prix, dont il est débiteur envers la communauté, ne sera exigible qu'au moment où il cédera son office, car il est impossible, dans un intérêt d'ordre public, de créer des difficultés à un officier ministériel qui reste et qui a le droit de rester en fonctions.[1]

**380.** — La même solution doit être adoptée, mais cette fois sans difficulté et sans controverse, pour la valeur de l'achalandage ou de la clientèle d'un fonds de commerce ou d'industrie, dont l'un des époux était propriétaire au moment du mariage, ou dont il deviendrait propriétaire au cours du mariage : c'est là une véritable valeur mobilière, cessible, et qui doit entrer en communauté.[2]

1880, Sirey, 81, I, 49 ; Dalloz, 80, I, 361, et *France judiciaire*, 80-81, p. 719. — Duranton, XIV, n° 130 ; Rodière et Pont, I, n°s 448 et suiv. ; Troplong, I, n°s 418-419 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 12, p. 285 ; Colmet de Santerre, VI, XXI *bis* I ; Laurent, XXI, n° 225.

[1] Douai, 15 novembre 1883, Sirey, 84, II, 189 ; Agen, 2 décembre 1836, Sirey, 37, II, 309 ; Paris, 23 juillet 1840, Sirey, 40, II, 401 ; Paris, 6 avril 1843, Sirey, 43, II, 172 ; Paris, 21 avril 1857, Sirey, 57, II, 249 ; Riom, 28 mars 1859, Sirey, 60, II, 30 ; *arrêts précités* de Douai, 14 février 1863, et de Cassation, 6 janvier 1880. — Troplong, I, n°s 427 et suiv. ; Rodière et Pont, I, n°s 446 et suiv. ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 12, p. 285.

[2] Paris, 22 mars 1834, Sirey, 34, II, 190 ; Metz, 3 juin 1841, Si-

Digitized by Google

381. — L'actif de la communauté doit comprendre les bénéfices résultant d'opérations industrielles ou commerciales exécutées soit avant, soit pendant le mariage.[1] Il n'y a même pas à distinguer, à ce point de vue, si ces gains ont été obtenus dans l'exercice d'une industrie illicite, pour une cause déshonnête : « Quand un époux, dit avec raison « M. Labbé, a réalisé des bénéfices dans un commerce illi- « cite ou pour cause honteuse, les lui réserver propres « serait contraire au droit et à la morale ; les attribuer en « entier à son conjoint et lui refuser toute part dans ces « bénéfices serait contraire à toute logique ; car ils sont ou « propres à celui qui les a gagnés, ou communs ; il n'y a « pas de milieu. »[2]

382. — Si les opérations industrielles ou commerciales, commencées pendant la communauté, sont continuées après sa dissolution, les profits obtenus après la dissolution de la communauté devront être compris ou non dans son actif, d'après la distinction suivante.

S'il s'agit d'un marché unique, indivisible, dont l'exécution, commencée pendant le mariage, se termine après, comme l'entreprise de construction d'un édifice, les profits de tout le marché tomberont dans la communauté, qu'ils soient antérieurs ou postérieurs à sa dissolution. Le motif en est que le marché lui-même, avec son caractère d'indivisibilité, est entré dans la communauté, qui a droit par suite à tous les profits qui en résulteront jusqu'à son complet achèvement.[3]

Si, au contraire, il s'agit d'entreprises successives, sans aucune indivisibilité entre elles, l'actif de la communauté

rey, 42, I, 899. — Troplong, I, n° 414; Rodière et Pont, I, n° 452; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 16, p. 286.

[1] Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 15, p. 286 ; Laurent, XXI, n° 224.

[2] *Note* jointe à un arrêt de Cassation, du 5 février 1873, Sirey, 73, I, 289; Rodière et Pont, I, n° 439; de Folleville, I, n° 154.

[3] Cassation, 29 janvier 1872, Sirey, 73, I, 113, et Dalloz, 72, I, 449.

Digitized by Google

ne comprendra que les parties terminées avant la dissolution de la communauté. Par exemple, s'il s'agit d'un marché à la série de prix, se réglant par périodes, on ne comptera à l'actif de la communauté que les périodes écoulées pendant sa durée.[1] De même, si le mari est resté en possession d'usines et de capitaux dépendant de la communauté, il ne doit pas compte du bénéfice des opérations nouvelles auxquelles il s'est livré depuis la dissolution de la communauté; mais seulement des fruits et loyers des immeubles, et de l'intérêt des capitaux.[2]

La propriété littéraire, c'est-à-dire les droits d'auteur, tombent-ils dans la communauté? La question ne naît pas pour les bénéfices que procurent, pendant la durée de la communauté, ces droits d'auteurs : il est certain que ces bénéfices tombent en communauté, comme les fruits des biens de tous les conjoints. Mais les droits d'auteur eux-mêmes, avec les bénéfices qu'ils produiront, soit pendant la communauté, soit après sa dissolution, entrent-ils en communauté?

Nous croyons qu'il faut répondre affirmativement, malgré le dissentiment de savants jurisconsultes :[3] cette solution, à notre avis, aurait dû prévaloir même avant la loi du 14 juillet 1866, mais cette loi nous paraît fournir un argument décisif en sa faveur.

Toutes les valeurs mobilières, avons-nous dit avec l'article 1401, entrent en communauté; *or*, la propriété littéraire est une propriété mobilière comme une autre, d'une nature plus éminente, sans doute, mais tout aussi légitime et reposant sur des bases aussi solides : « Par la nature « des choses, disait M. Locré, rien assurément ne nous ap- « partient mieux que notre esprit et les connaissances dont

[1] Cassation, 19 novembre 1851, Sirey, 52, I, 32, et Dalloz, 51, I, 315. — Laurent, XXI, n° 224.

[2] Cassation, 24 novembre 1869, Sirey, 70, I, 72, et Dalloz, 70, I, 25.

[3] Renouard, *Des droits d'auteur*, p. 251; Bertauld, *Questions pratiques*, I, n°s 274 et suiv.; Pouillet, *De la propriété littéraire*, n°s 184 et suiv.

Digitized by Google

« nous l'avons enrichi, à force de travail et d'étude. Ces « biens-là ne sont pas hors de nous : ils sont nous-mêmes. « Ce sont nos véritables, nos plus solides richesses. »[1]

Que l'on n'objecte pas que ce droit n'est pas perpétuel; et que son caractère essentiellement temporaire ne se concilie pas avec la notion de la propriété. La réponse est que la propriété littéraire a été limitée dans sa durée par un motif d'utilité publique, pour permettre de réimprimer des œuvres nécessaires au développement intellectuel de la nation : « Au moment où cette propriété prend fin, dit « avec raison M. Alméras-Latour, elle cède à une vérita- « ble expropriation au profit du domaine public. »

D'ailleurs, cette exclusion de la communauté du produit des travaux littéraires de l'un des époux serait une injustice vis-à-vis de l'autre. Prenons l'hypothèse la plus fréquente, celle où la propriété littéraire appartient au mari : pendant qu'il écrit, la femme consacre sa vie à l'éducation des enfants, aux intérêts du ménage. Ne serait-il pas injuste que le mari pût se constituer des propres avec le produit de son travail, tandis que l'intelligence et le dévouement de la mère et de la femme profiteraient aux deux époux ? Cette solution ne serait pas seulement contraire au texte de l'article 1401, elle serait contraire aux règles de l'équité.

Ajoutons que la loi du 14 juillet 1866 a, pour ainsi dire, consacré législativement le système que nous défendons. L'article 1er est ainsi conçu : « ... Pendant cette période de « cinquante ans, le conjoint survivant, quel que soit le « régime matrimonial, *et indépendamment des droits qui* « *peuvent résulter en faveur de ce conjoint du régime* « *de la communauté*, à la simple jouissance, etc... » Il nous paraît difficile de contester, en présence de ce texte,

[1] *Consultation*, citée dans le remarquable rapport de M. le conseiller Alméras-Latour, joint à un arrêt de Cassation du 16 août 1880, Dalloz, 81, I, 25.

Digitized by Google

que la communauté ait des droits sur la propriété littéraire appartenant aux époux, puisque le texte distingue les droits de jouissance qui appartiennent à l'époux survivant, et les droits qui résultent pour lui du mariage en communauté. Si nous rapprochons de ce texte, très clair par lui-même, l'exposé des motifs de M. Riché au Corps législatif,[1] la démonstration va être complète : « Déjà la nature mobilière, qui a été reconnue au droit « d'auteur, faisait entrer dans la communauté conjugale « non seulement les produits du droit, mais le droit lui-« même. »

Aussi concluons-nous que non seulement les produits du droit, mais le droit de propriété littéraire lui-même entre en communauté.[2]

Ce que nous disons de la propriété des compositions littéraires, il faut évidemment le dire, et par les mêmes motifs, de la propriété des compositions scientifiques, des œuvres d'art ou des inventions faites pendant le mariage.

**383.** — Quant aux manuscrits qui n'auraient pas été édités du vivant de l'auteur, ils n'entreraient pas en communauté. « Les manuscrits qu'un homme d'esprit a com-« posés, disait Pothier, ne doivent pas non plus être com-« pris dans l'inventaire : ce sont choses inestimables, qui « ne sont pas censées faire partie d'une communauté de « biens. »[3]

[1] Dalloz, 1866, IV, 97.

[2] Cassation, 16 août 1880, Sirey, 81, I, 25 (*Note* de Lyon-Caen), et Dalloz, 81, I, 25 (*Rapport*, du conseiller Almeras-Latour). — Demolombe, IX, n° 226 ; Rodière et Pont, I, n° 442 ; Troplong, I, n° 433 ; Laurent, V, n° 512 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 11, p. 284 ; de Folleville, I, n° 155.

[3] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 682. — *Sic*, Troplong, I, n° 435-436 ; Rodière et Pont, I, n° 445 ; Demolombe, IX, n° 439.

Digitized by Google

## § II

### *Des meubles propres.*

**384.** — Par exception à la règle que nous venons d'étudier, il y a certains meubles qui ne tombent pas dans la communauté, et qui restent propres à l'un ou à l'autre des époux.

Les conséquences de cette nature de propres, conservée par les meubles que nous allons énumérer, sont importantes : elles découlent de ce principe que l'époux, auquel ils appartiennent, en demeure propriétaire, et n'a pas seulement une action en reprise contre la communauté.

Ce principe conduit notamment aux conséquences suivantes :

1° Si les meubles propres périssent ou se détériorent, la perte ou la détérioration pèsent uniquement sur l'époux propriétaire. Ainsi, s'il s'agit de créances propres et que le débiteur devienne insolvable, l'insolvabilité sera supportée exclusivement par l'époux créancier ;

2° S'il s'agit d'une créance propre à la femme, tant que les deniers ne sont pas entrés dans la caisse de la communauté, le mari ne peut en déléguer le montant,[1] et les créanciers de la communauté ne peuvent pratiquer sur ces créances de saisies-arrêt.[2]

**385.** — Par exception, les objets qui se consomment *primo usu*, ou ceux qui, par leur nature, sont destinés à être vendus, tombent pour la propriété dans la communauté, malgré leur nature de propres : l'époux auquel ils

[1] Besançon, 20 mars 1850, Sirey, 50, II, 446, et Dalloz, 52, II, 283.

[2] Nancy, 20 août 1827, Sirey, c. N., VIII, II, 407; Nancy, 7 février 1840, Sirey, 40, II, 484. — Troplong, I, n° 688; Rodière et Pont, I, n° 537; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 30, p. 290; Laurent, XXI, n° 282-288.

Digitized by Google

appartenaient aura seulement une action en reprise contre la communauté.[1] Le motif en est que la communauté, qui a la jouissance des biens propres des époux, ne pouvant jouir de ces biens sans les consommer ou les aliéner, le droit de propriété de l'époux se transforme nécessairement en un droit de créance.

**386.** — Les meubles qui conservent, par exception, la nature de propres, peuvent être ramenés à quatre catégories :

A. — *Meubles propres à raison de leur nature ou de leur destination ;*

B. — *Meubles qui proviennent d'un bien propre sans être des fruits ;*

C. — *Meubles substitués à des biens propres ;*

D. — *Meubles donnés ou légués sous la condition de ne pas entrer en communauté.*

**387.** A. — *Meubles propres à raison de leur nature ou de leur destination.* — Il y a certains meubles qui, par leur nature, n'entrent pas en communauté : aucun texte ne consacre ces exceptions dont nous allons parler, mais les jurisconsultes anciens et modernes les ont toujours admises.

Ce sont d'abord les souvenirs de famille, portraits, armes, décorations, papiers de famille : on ne peut supposer chez les époux l'intention de mettre ces objets en communauté, alors que leur principale valeur consiste le plus souvent dans les souvenirs qui s'y attachent, et qui n'ont de prix que pour les membres de la famille.[2]

**388.** — On doit déclarer propres, en second lieu, certains objets qui, par leur usage, sont essentiellement personnels à l'un des époux.

L'article 307 de la coutume de Tours s'exprimait, à ce

[1] Aubry et Rau, V, § 507, texte, p. 290.

[2] Troplong, I, n° 449. — *Sic* Paris, 29 mars 1873, Dalloz, 74, II, 129. — Compar. *infrà*, Tome II, n° 698.

Digitized by Google

point de vue, dans les termes suivants : « .... Le survivant « aura par avantage ses vêtements de tous les jours, et « ceux des dimanches, tant d'hiver que d'été ; et s'il veut « avoir le surplus des dits vêtements, faire le pourra en « payant la moitié de la valeur. Et aura le mari par advan- « tage et préciput, s'il est noble suivant les armes, ses « armes ; et s'il est de lettres, ses livres, sans en payer « l'estimation. »...

Dans quelle mesure cette solution de la coutume de Touraine, que Guy Coquille demandait de généraliser,[1] doit-elle être admise aujourd'hui ? Nous avons dit plus haut[2] qu'à notre avis les linges et hardes des époux faisaient partie de la communauté, sauf l'exception de l'article 1492 au profit de la femme renonçante. Nous en dirons autant de la bibliothèque qui aurait été acquise par le mari, et qui peut avoir une valeur considérable : il faudrait un texte analogue à celui de la coutume de Tours pour les soustraire à la règle, qui fait entrer tous les meubles dans l'actif de la communauté.

Au contraire, nous pensons que les armes du soldat, les livres relatifs à la profession de l'époux, ceux que l'article 592 déclare insaisissables, ses décorations, les dons purement honorifiques qu'il aurait reçus,[3] les manuscrits non encore édités,[4] enfin les lettres à lui adressées n'entreront pas en communauté. A défaut de texte pour le décider ainsi, nous pouvons invoquer la base même du régime de la communauté, qui est le consentement présumé des époux ; on ne peut admettre qu'ils aient consenti à aliéner des objets aussi personnels. Ajoutons que le mot « mobi- « lier » de l'article 1401 doit s'entendre du mobilier ayant une valeur vénale, et non de celui qui n'a de valeur que pour l'époux à l'usage exclusif duquel il est destiné.[5]

[1] *Institution au droit français*, Du droit des mariés.
[2] *Suprà*, Tome 1, n° 362.
[3] Bastia, 26 février 1840, Sirey, 40, II, 121.
[4] *Suprà*, Tome I, n° 383.
[5] *Voir* en sens divers : Troplong, I, n°s 447-450 ; Rodière et Pont,

Digitized by Google

**389.** — La nature des traitements, pensions, dotations ou retraites, que la loi déclare incessibles ou insaisissables, ne leur permet pas d'entrer en communauté : puisque l'entrée du mobilier dans la communauté légale n'est qu'une cession consentie tacitement par les époux, elle ne peut s'appliquer au mobilier incessible.

Cette solution devra s'appliquer notamment aux pensions de réforme ou de retraite, aux pensions militaires de la Légion d'honneur, et aux rentes viagères de la caisse des retraites pour la vieillesse, organisée par la loi du 8 mars 1850 ; elle devra s'appliquer aussi à l'indemnité accordée aux victimes du coup d'Etat du 2 Décembre 1851 par la loi du 30 juillet 1881.[1]

**390.** — Les pensions alimentaires, qui auraient été déclarées incessibles et insaisissables, n'entreront pas en communauté, par les motifs que nous venons d'indiquer pour les rentes incessibles en général.

Mais que décider pour les pensions alimentaires qui ne sont pas incessibles ? Les avis sont très partagés. D'après les uns, elles n'entrent jamais dans la communauté, par le motif que cela serait contraire à l'intention du constituant.[2] D'après les autres, elles entrent en communauté, du moment où elles ne sont pas incessibles : le motif que l'on en donne, c'est que du moment où l'époux peut les céder expressément, il n'y a aucun motif pour les soustraire à la communauté, au profit de laquelle les époux sont présumés faire cession tacite de tout leur mobilier.[3] Enfin une troisième opinion distingue : les pensions alimentaires entreront en principe dans la communauté, mais celles qui

I, nos 445 et 534; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 3, p. 282. Laurent XXI, n° 227.

[1] Cassation, 3 février 1830, Sirey, C. N., IX, I, 446 ; Alger, 11 mars 1885, Sirey, 87, II, 59, et Dalloz, 86, II, 222. — Troplong, I, nos 409-410; Rodière et Pont, I, n° 423 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et notes 17 à 19, p. 286-287.

[2] Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 18, p. 286.

[3] Rodière et Pont, I, n° 426; Laurent, XXI, n° 278.

Digitized by Google

sont constituées *jure sanguinis*, en vertu des articles 205 et suivants, n'y entreront pas.[1]

Nos préférences sont pour cette dernière opinion, qui distingue entre les aliments dus en vertu de la loi, qui n'entreraient pas en communauté, et ceux dus en vertu d'un acte de libéralité qui ne les a pas déclarés inaliénables, lesquels y entreraient.

Lorsque les aliments sont dus en vertu de la loi, *ex officio pietatis*, nous pensons que la créance qui en résulte n'est pas cessible : « Ce droit, dit très bien M. Demolombe, « est inhérent à une qualité intransmissible, car il dérive « de devoirs tout personnels ; car enfin c'est là comme « une sorte de droit d'usage, exclusivement limité au besoin « de la personne elle-même ».[2]

Nous en concluons que la mise en communauté, qui n'est qu'une cession tacite, est impossible ; et que l'époux créancier de la pension alimentaire, dont les arrérages ont été acquis comme fruits à la communauté pendant sa durée, reprendra cette pension comme propre à la dissolution de la communauté.

Au contraire, si les aliments sont dus en vertu d'un acte de libéralité, nous croyons qu'ils sont cessibles, à défaut de stipulation contraire dans l'acte constitutif. Le droit commun, c'est la faculté de céder les choses qui sont dans notre patrimoine : nous avons cru pouvoir apporter une exception pour la créance alimentaire résultant de la parenté; mais ici la pension pouvait ne pas être constituée. Elle a été constituée insaisissable, mais non incessible ; c'est donc une créance comme une autre, insuffisamment garantie par le constituant, mais que l'on doit prendre pour

[1] Troplong, I, n° 411.

[2] IV, n° 78. — *Sic*, Paris, 7 floréal an XII, Sirey, C. N., I, II, 188 ; Bruxelles, 17 juin 1807, Sirey, C. N., II, II, 263; Douai, 1er février 1843, Sirey, 43, II, 188. — Troplong, *De la vente*, I, n° 227, et *Des transactions*, n° 95 ; Aubry et Rau, IV, § 359, texte et note 18, p. 423.



Digitized by Google

ce qu'elle est, c'est-à-dire un bien qui n'est pas soustrait au commerce.[1]

Du moment où l'on admet qu'elle peut être cédée, il s'ensuit qu'elle entre en communauté, comme tous les meubles cessibles composant le patrimoine des époux.

**391.** — Une dernière catégorie de créances doit encore être considérée comme propre, à raison de sa nature : c'est la somme qui serait attribuée à titre d'indemnité au mari contre le complice de sa femme adultère.

On a peine à croire qu'il se soit trouvé une femme assez audacieuse pour demander à partager cette indemnité, comme étant un conquêt de communauté. Cependant la jurisprudence nous en fournit un exemple.[2]

La demande de la femme a été repoussée. En fait, tout le monde approuve ce résultat, et nous n'avons pas à insister sur sa haute moralité : mais, en droit, il y a des dissidences.

On reconnaît unanimement que si l'indemnité, touchée par le mari, n'a pas été comprise dans la masse active de la communauté, la femme ne pourra pas demander à l'y faire comprendre : cette demande doit être déclarée non recevable pour cause d'indignité, par application de l'axiome « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ».

Mais, si le notaire a fait figurer cette somme dans la masse active de la communauté, une opinion soutient que le mari ne peut l'en faire retrancher.

« La réparation obtenue, dit-on, représente non pas le « prix de l'honneur du mari, mais la réparation du préju- « dice moral et matériel qui lui a été causé : c'est la com- « munauté qui en définitive, supporte l'intégralité de ce « préjudice. De par la loi, elle est appelée à profiter de tous

[1] Cassation, 31 mai 1826, Sirey, C. N., VIII, I, 350; Cassation, 22 février 1831, Sirey, 31, I, 107; Cassation, 1er avril 1844, Sirey, 44, I, 468. — Larombière, *Des obligations*, Art. 1128, n° 10.

[2] Rennes, 22 février 1869, joint à Cassation, 5 février 1873, Sirey, 73, I, 289, et Dalloz, 73, I, 209.

Digitized by Google

« les produits de leur activité intellectuelle et physique : « la déconsidération qui frappe le mari et restreint le libre « développement de ses facultés atteint donc la commu- « nauté, en la privant des bénéfices qu'il aurait réalisés : « il est juste que celle-ci reçoive la compensation allouée « au mari pour les pertes qu'elle va subir ».[1]

Il nous est impossible d'accepter cette solution. La conscience se révolte à l'idée de voir la femme prendre part à l'indemnité accordée au mari, à raison du déshonneur qu'elle lui a infligé, et nous ne pouvons pas admettre que telle soit la solution de la loi.

Or, au point de vue juridique, M. Labbé a victorieusement établi, à notre avis, l'impossibilité d'accueillir la prétention de la femme, sous quelque forme qu'elle se présente, soit comme contredit à la liquidation, soit comme demande d'homologation : il ne peut se faire, en effet, que l'opinion du notaire et la manière dont il a rédigé sa liquidation, qui n'est qu'un projet, change la situation des parties, et permette ou non à la femme de prendre part à l'indemnité. De quelque manière que la liquidation soit faite, la question reste la même, et voici la raison péremptoire donnée par M. Labbé pour faire repousser la demande de la femme, et à laquelle nous nous associons pleinement :

« L'un des auteurs d'un délit et d'un dommage ne doit « pas, en invoquant le contrat dont le délit est la violation, « bénéficier en partie de l'indemnité allouée à la victime « du délit. L'adultère est la violation des obligations du « mariage. Le régime de communauté est la conséquence « du mariage. L'époux qui manque aux obligations du « mariage ne doit pas, en invoquant la communauté de « biens, c'est-à-dire un des effets du mariage, tirer avan- « tage de la créance de dommages-intérêts appartenant à « son conjoint à raison de ce délit, en vertu de jugement « ou de transaction. Cette raison est, non pas une raison « de sentiment ou de pure morale, mais une raison de

[1] *Note* dans Dalloz, 73, I, 209.

Digitized by Google

« droit : elle dérive de la force obligatoire et du respect « des contrats. Elle nous conduit juridiquement à recon- « naître un propre en dehors des hypothèses prévues dans « la loi. »[1]

Comme on le voit, ces motifs ne contredisent nullement la solution générale donnée par nous,[2] et d'après laquelle les dommages-intérêts accordés à l'un des époux pour crime ou délit commis sur sa personne tombent en communauté. Ici, il y a un motif spécial pour qu'il en soit autrement.

**392.** — B. *Meubles qui proviennent d'un propre sans être des fruits.* — Voici comment Pothier exposait cette exception à la règle coutumière, d'après laquelle tous les meubles appartenant aux conjoints entrent en communauté :

« Toutes les choses, quoique meubles, qui proviennent « à l'un des conjoints durant le mariage de son héritage « ou autre immeuble propre de communauté, sans en « être des fruits, n'entrent point dans la communauté « légale. »[3]

On ne peut plus donner de cette exception le motif qu'en donnait Pothier, à savoir que si ces meubles entraient en communauté, cela constituerait un avantage entre époux prohibé par la loi, puisque notre loi moderne permet les donations entre époux.

Mais ce qu'elle ne permet pas, ce sont les changements aux conventions matrimoniales, et c'est à ce titre que les meubles dont nous parlons ne peuvent entrer en communauté. Ils représentent l'immeuble dont ils proviennent, et conservent par suite sa nature de propre. C'est ce qui résulte de l'article 1433, qui pose le principe d'une récompense par la communauté à l'époux, toutes les fois qu'un capital représentant un immeuble entre dans la caisse de la communauté.

[1] *Note* dans Sirey, 74, I, 289.
[2] *Suprà*, Tome I, n° 363.
[3] *Traité de la communauté*, n° 96.

Digitized by Google

**393.** — Pothier fournissait deux applications du principe que nous exposons, applications qui, de l'avis unanime, doivent encore être admises aujourd'hui : les bois de haute futaie non mis en coupe réglée, et abattus pendant le mariage sur un propre de l'un des époux, et le produit des mines et carrières ouvertes sur un propre pendant le mariage, sont propres à l'époux, et, s'ils entrent dans la communauté, ils n'y entreront qu'à charge de récompense.[1]

Cette solution ressort de l'article 1401, n° 2, et de l'article 1403, qui ne font entrer en communauté que les produits des mines et carrières ouvertes avant le mariage, et des bois taillis mis en coupe réglée, ainsi que nous le verrons en étudiant, dans la Section II, le second élément de l'actif de la communauté, les fruits et revenus des biens propres des époux.

**394.** — Pothier présentait une troisième application qui est, au contraire, très contestée ; il décidait que la part du trésor attribuée *jure soli* au conjoint, dans le fonds duquel il est découvert, n'entre pas en communauté : « Quoi-« que ce trésor, disait-il, soit un mobilier, le tiers qui en « appartient au conjoint, en sa qualité de propriétaire de « cet héritage, ne doit point entrer dans la communauté, « parce que c'est quelque chose qui lui est provenu de son « héritage propre sans être un fruit. »[2]

Cette solution est vivement attaquée, et un parti important soutient que la part, la moitié aujourd'hui, attribuée *jure soli* à l'époux doit tomber en communauté, comme la moitié qui lui serait attribuée *jure inventionis*, s'il avait trouvé le trésor.[3] Le raisonnement de cette théorie est très simple : le trésor est un meuble, il doit donc suivre la règle de l'article 1401, 1°, qui fait entrer tous les meubles en communauté. On ajoute que si ce meuble était caché dans le sol d'un immeuble propre, il n'en faisait pas partie inté-

[1] Pothier, *Traité de la communauté*, n°s 96-97.
[2] *Traité de la communauté*, n° 98.
[3] *Suprà*, Tome 1, n° 364.

Digitized by Google

grante et l'immeuble n'est pas appauvri parce que le trésor en a été enlevé, à la différence des bois de haute futaie et du produit des mines et carrières ouvertes pendant le mariage, dont l'enlèvement diminue la valeur de l'immeuble propre.[1]

Nous préférons la théorie de Pothier, par les motifs suivants.

L'attribution de la propriété de la moitié du trésor au maître du sol ne se fait pas d'après les règles d'une rigoureuse logique, et M. Demolombe a exposé, dans des termes excellents, le motif d'équité qui a déterminé les législateurs, anciens et nouveaux, à cette attribution : « C'est le fonds, « après tout, qui a gardé et conservé ce trésor ; et comme « il aurait été bien dur pour le propriétaire de le voir « attribuer tout entier à un étranger, on a considéré qu'il « y avait là aussi une sorte d'avantage du fonds lui-même, « *fundi beneficium ;* et on est venu à dire que le propriétaire acquérait, à certains égards, cette portion *jure* « *accessionis.* »[2]

Mais, puisque le trésor est un avantage du fonds lui-même, acquis au maître du sol par une sorte de droit d'accession, la théorie de Pothier est justifiée : c'est un droit provenant d'un immeuble, et, comme ce n'est pas un fruit, il ne doit pas entrer en communauté.

Il importe peu que le trésor ne fasse pas partie intégrante du sol : « Si en réalité, dit très bien M. Colmet de Santerre, « le trésor n'est pas un produit du fonds, il est, d'après le « langage même de la loi, une *accession*, un *accessoire*, et « par conséquent un objet qui doit suivre le sort de l'objet « principal auquel il se rattache. »[3]

[1] Lebrun, *Traité de la communauté*, Livre I, Chap. 5, Sect. II, n° 23 ; Troplong, I, n° 417 ; Rodière et Pont, I, n° 454; Demolombe, XIII, n° 44; Bugnet, sur Pothier, *Traité de la communauté*, n° 98, note 2; Laurent, XXI, n° 228 ; de Folleville, I, n° 165 *bis*.

[2] XIII, n° 43.

[3] VI, n° 21 *bis* VI. — *Sic*, Duranton, XIV, n° 133; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 28, p. 289.

Digitized by Google

**395.** — C. *Meubles substitués à des biens propres.* — « Les choses mobilières, disait Pothier, qui sont substituées « durant la communauté à quelque propre de communauté « de l'un des conjoints, sont pareillement des propres de « ce conjoint.

« On peut apporter pour exemple le cas auquel l'héri- « tage propre de l'un des conjoints a été vendu durant la « communauté. Quoique la créance du prix, qui en est dû « à celui des conjoints qui l'a vendu durant la communauté, « soit un bien meuble de ce conjoint, cette créance néan- « moins n'appartient pas à la communauté, parce qu'elle a « été, durant la communauté, substituée à son héritage « propre, par la vente qu'il en a faite, et qu'elle lui en tient « lieu. »[1]

Cette exception existe sous l'empire du Code civil, comme dans notre ancien droit : elle est formellement consacrée, pour la vente d'immeubles propres ou de servitudes existant au profit de ces immeubles, par l'article 1433. Il faut la généraliser, et décider, avec Pothier, que toute valeur mobilière substituée à un immeuble a valeur de propre : sans cela la communauté s'enrichirait aux dépens du patrimoine des époux.[2]

Les conséquences de ce principe vont être indiquées dans les numéros suivants.

**396.** — La soulte d'un partage immobilier effectué pendant le mariage doit rester propre à l'époux, car elle représente le droit de l'époux dans des immeubles, et, d'un autre côté, l'article 883 et la règle du partage déclaratif ne peuvent être appliqués à des valeurs qui ne sont pas des valeurs héréditaires.

Nous avons développé cette proposition en traitant de l'actif immobilier de la communauté.[3]

[1] *Traité de la communauté*, n° 99.

[2] Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 23, p. 287.

[3] *Suprà*, Tome I, n° 374, et les auteurs et les arrêts qui y sont cités.

Digitized by Google

La même solution devra être appliquée à la part de l'époux dans les prix de licitation des immeubles héréditaires, prix qui représentent aussi une valeur immobilière. Il importe peu, à ce point de vue, que l'acquéreur sur licitation soit un étranger, ou l'un des cohéritiers : dans les deux cas, le prix représente le droit immobilier de l'époux cohéritier, et doit par suite lui rester propre.[1]

Mais, dans la théorie que nous avons adoptée, les meubles de succession, qui sont mis dans le lot de l'époux pour lui tenir lieu de sa part dans les immeubles héréditaires, tomberont en communauté : c'est la conséquence du principe de l'article 883, d'après lequel l'héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement aux effets compris dans son lot.

**397.** — On devra considérer comme propre le supplément de juste prix payé pendant le mariage à l'un des époux, qui a vendu un immeuble, puis exercé contre l'acheteur une action en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes : l'acheteur a arrêté l'action par l'offre de supplément autorisée par l'article 1681. Ce supplément représente une valeur immobilière, puisqu'il forme une partie du prix de la chose vendue : il doit donc être propre, d'après la théorie générale que nous exposons.[2]

**398.** — A l'inverse, si l'époux, qui avait acheté un immeuble, en est évincé pendant le mariage par l'action en rescision pour lésion, le prix que le vendeur devra lui restituer lui restera propre. Que l'on n'objecte pas, comme le faisait Pothier,[3] que la vente étant résolue, l'acquéreur évincé est réputé n'avoir jamais eu de droit immobilier : nous avons nous-même accepté cette solution lorsque la

[1] Bordeaux, 9 décembre 1846, Sirey, 47, II, 414, et Dalloz, 47, IV, 418.

[2] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 598; Rodière et Pont, I, n° 541 ; Troplong, I, n° 445; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 24, p. 288.

[3] *Traité de la communauté*, n° 598.

Digitized by Google

faculté de rachat est exercée contre l'un des époux,[1] mais ici l'époux actionné en rescision a le droit d'arrêter l'action en offrant un supplément de prix (article 1681). C'est donc par un fait volontaire de sa part que son droit immobilier est converti en un droit mobilier, et l'un des époux ne peut ainsi changer, à sa guise, ses propres en biens de communauté, sans récompense.[2]

**399.** — L'indemnité due par une compagnie d'assurances terrestres, pour sinistre arrivé à l'immeuble propre de l'un des époux, représente cet immeuble dans le patrimoine de l'époux, et doit lui rester propre. Il n'y a pas à se préoccuper de ce que l'assurance aurait été contractée par le mari, car il est tenu, en sa qualité d'administrateur, d'assurer les immeubles appartenant à la femme ; ni de ce que les primes auraient été payées par la communauté, car le paiement de ces primes représente une charge des revenus, dont la communauté profite.[3]

Il est à peine besoin de faire remarquer que la solution opposée devrait être admise, si, au lieu du sinistre d'un immeuble propre, il s'agissait d'un immeuble conquêt : l'indemnité, représentative de l'immeuble, devrait en suivre le sort et entrer en communauté.[4]

**400.** — D. *Meubles donnés ou légués sous la condition de ne pas entrer en communauté.* — Cette exception est consacrée par l'article 1401, 1°, *in fine*, qui, après avoir déclaré que tout le mobilier des époux entre en communauté, ajoute « si le donateur n'a exprimé le contraire ».

Cette exception est, comme les précédentes, empruntée à Pothier, qui s'en expliquait dans les termes suivants : « La raison est, disait-il, qu'il est au pouvoir de celui qui

[1] *Suprà*, Tome I, n° 369.

[2] Troplong, I, n° 445; Rodière et Pont, I, n° 542; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 25, p. 288; Laurent, XXI, n° 284.

[3] Bordeaux, 19 mars 1857, Sirey, 57, II, 534, et Dalloz, 58, II, 61. — Rodière et Pont, I, n° 538; Laurent XXI, n° 285.

[4] Nancy, 30 mai 1856, Dalloz, 56, II, 252.

Digitized by Google

« donne d'apposer à la donation telles conditions ou res-
« trictions que bon lui semble : *Unicuique licet quem vo-*
« *luerit modum liberalitati suæ apponere.* D'où il suit que
« les choses données à l'un des conjoints ne peuvent en-
« trer dans la communauté de biens en laquelle il est avec
« l'autre conjoint, lorsqu'elles n'ont été données qu'à la
« charge qu'elles n'y entreraient pas. »[1]

Ce que nous disons de la chose donnée sous condition qu'elle n'entrera pas en communauté, il faut le dire, par identité de motifs, de la chose léguée sous cette condition : le testateur pouvait, lui aussi, ne pas léguer, il peut donc léguer sous cette condition.[2]

**401**. — La volonté du donateur ou du testateur d'exclure certains meubles de la communauté doit-elle être formulée en termes exprès ? Oui, d'après certains auteurs : l'article 1401, disent-ils, exige que le donateur « *exprime* » le contraire, ce qui veut dire qu'il doit indiquer sa volonté en termes exprès. On ajoute que l'article 1405 contient une application de ce principe, lorsqu'il dit que les donations faites à l'un des époux ne tombent point en communauté, à moins que la donation ne contienne « expressé-
« ment » que la chose appartiendra à la communauté.[3]

Nous croyons que cette volonté n'a pas besoin d'être formulée en termes exprès, et qu'elle peut résulter de l'ensemble des clauses de la donation, ou en d'autres termes, du consentement tacitement exprimé. Nous n'admettons pas, d'abord, le sens que l'on donne au mot « exprimer » : nous croyons que ce mot ne signifie qu'une chose, manifester une pensée, et qu'on peut la manifester expressément ou tacitement. Nous repoussons également, mais par un autre motif, l'argument que l'on veut tirer de l'article 1405 : ce texte est fait pour une autre hypothèse, les dona-

[1] *Traité de la communauté*, n° 102.
[2] Rodière et Pont, I, n° 543.
[3] Laurent, XXI, n° 276; Labbé, *Note* jointe à un arrêt de Cassation du 10 novembre 1879, Sirey, 80, I, 337.

Digitized by Google

tions d'immeubles, et en supposant qu'il exige pour ce cas une expression formelle de volonté, nous ne pouvons étendre cette exigence à la donation de meubles.

En droit commun en effet, non seulement la volonté des parties n'a pas besoin d'être formulée en termes sacramentaux, mais elle n'a même pas besoin d'être conçue en termes exprès, et une volonté certaine, quoique implicite, produira les mêmes effets qu'une volonté expresse. Cette idée est d'ailleurs très raisonnable : du moment où la volonté d'une partie est évidente par la teneur d'un acte, pourquoi exiger qu'elle soit énoncée dans une forme plutôt que dans une autre ?

Il n'y a aucun motif pour déroger à ces principes de droit commun dans notre matière : aussi concluons-nous que, du moment où les juges du fait auront constaté la volonté, expresse ou tacite, du donateur ou du testateur, cela suffira pour décider que les meubles ne doivent pas tomber en communauté.[1]

**402.** — Nous admettons, par les mêmes motifs, qu'un tiers pourra donner ou léguer à sa femme des biens, sous la condition qu'elle en touchera seule les revenus, sur ses simples quittances et sans l'autorisation de son mari : cette clause déroge non pas à la règle que nous examinons, celle de la composition de l'actif mobilier de la communauté, mais à deux règles, la règle de l'autorisation maritale, et celle d'après laquelle les revenus des propres des époux doivent tomber en communauté ; mais comme la base de cette dérogation est la même que dans l'hypothèse que nous venons d'étudier, nous tenons à les rapprocher.

Dans les deux cas en effet, le mari ne peut se plaindre de ce que la communauté ne s'enrichit pas du don ou du legs fait par le tiers : celui-ci aurait pu ne rien donner du tout, et par suite la condition qu'il met à sa libéralité ne

[1] Cassation, 10 novembre 1879, Sirey, 80, I, 337, et Dalloz, 80, I, 175 ; Gand, 11 février 1882, Sirey, 82, IV, 40. — Rodière et Pont, I, n° 544.

Digitized by Google

fait aucun tort à la communauté ; elle manque à gagner, mais elle ne s'appauvrit pas.

Quant à l'atteinte portée à l'autorité maritale, M. Demolombe a très bien démontré que cette attribution à la femme d'un pécule, dont elle aura seule la disposition, ne touche en rien aux attributs essentiels de l'autorité maritale, et ne peut être annulée de ce chef.[1]

Cette clause devra donc être respectée, à quelque point de vue qu'on l'envisage, et la communauté n'aura aucun droit aux revenus mis ainsi à la disposition de la femme.[2]

**403.** — Si les meubles donnés ou légués à l'époux, sous la condition qu'ils n'entreront pas en communauté, lui provenaient d'une personne dont il est l'héritier réservataire, la clause qui les exclut de la communauté serait-elle encore valable ? La question est très délicate, et elle a fait naître plusieurs opinions.

Dans un premier système, la clause est valable, comme si l'époux n'était pas héritier réservataire du donateur ou testateur. La réserve est un droit introduit en faveur de l'héritier, dans l'espèce en faveur de l'époux : on ne peut pas la retourner contre lui, et soutenir que les pouvoirs qu'on lui donne sur sa réserve sont trop étendus. L'action en réduction pour obtenir la réserve n'appartient qu'à l'héritier réservataire, et elle ne peut être exercée à son détriment.[3]

Dans un second système, on résout la question par une distinction : si l'époux renonce à la succession pour s'en tenir à son don ou à son legs, la clause sera valable, car jamais il n'aura été héritier réservataire ; mais s'il accepte,

[1] IV, n° 171.

[2] Paris, 27 janvier et 27 août 1835, Sirey, 35, II, 65 et 518 ; Nîmes, 18 juin 1840, Sirey, 41, II, 11 ; Toulouse, 20 août 1840, Sirey, 41, II, 114; Cassation, 9 mai 1842, Sirey, 42, I, 513; Paris, 5 mars 1846, Sirey, 46, II, 149, et Dalloz, 46, IV, 29. — Troplong, I, n° 68; Rodière et Pont, I, 594; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 21, p. 289.

[3] Toullier, XII, n° 114; Duranton, XIV, n° 135.

Digitized by Google

elle sera nulle, par le motif que la réserve doit arriver franche et quitte de toute condition dans le patrimoine de l'héritier réservataire.[1]

Un troisième système fait une autre distinction : la clause qui soustrait la réserve à la communauté est-elle contenue dans le contrat de mariage ? Elle est valable : elle est nulle au contraire, si elle est contenue dans une donation faite pendant le mariage, ou dans un testament.[2]

D'autres auteurs formulent différemment leur opinion, et déclarent nulle la clause que nous examinons, sans distinction :[3] mais nous croyons qu'en réalité ce système et le précédent n'en font qu'un. En effet, lorsque la donation qui exclut certains meubles de la communauté est contenue dans le contrat de mariage, les futurs époux n'ont pas adopté le régime de la communauté légale pure et simple, quels que soient les termes qu'ils aient employés : il y a dans le contrat de mariage lui-même exclusion de certains meubles de la communauté, et cette exclusion, acceptée par les futurs époux et par ceux qui doivent les assister et les autoriser, est valable en vertu de l'article 1387, qui permet aux futurs époux de faire les conventions matrimoniales qu'ils jugent à propos.

La question ne naît donc, à notre avis, que pour les donations faites pendant le mariage, et pour les legs ; et nous croyons, avec la dernière opinion que nous venons d'indiquer, que la clause est nulle comme dérogeant aux conventions matrimoniales.

La réserve doit arriver, en effet, intacte dans le patrimoine du réservataire, libre de toute condition qui en modifie le régime : ce n'est pas du *de cujus* que l'héritier réservataire la reçoit, bien qu'il la recueille dans son patri-

[1] Rodière et Pont, I, n° 545.
[2] Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 20, p. 287.
[3] Laurent, XXI, n° 277. — *Sic* Cassation, 6 mai 1885, Dalloz, 85, I, 369.

Digitized by Google

moine, c'est la loi qui la lui défère, et le *de cujus* ne peut le grever de conditions qui en changent la dévolution légale.

On objecte que c'est retourner la loi protectrice de la réserve contre l'héritier réservataire, et que lui seul a qualité pour se plaindre que son droit de réservataire ait été altéré : mais nous répondrons qu'en se mariant sous le régime de la communauté légale, l'époux a transmis à son conjoint des droits éventuels sur les biens auxquels il a droit comme réservataire, et que ce conjoint peut, en sa qualité d'ayant cause du réservataire, et dans les termes de l'article 921, faire annuler la clause qui porte atteinte à la réserve.

Quant à la distinction proposée par MM. Rodière et Pont, suivant que l'époux, héritier réservataire, renoncerait à la succession ou l'accepterait, nous croyons qu'il faut la rejeter : en effet, l'époux héritier aurait à ce moyen la faculté de déroger à la communauté qu'il a adoptée, s'il le voulait, en renonçant à la succession pour s'en tenir à son don ou à son legs ; et on ne peut l'autoriser à déroger, même indirectement, aux conventions matrimoniales.

## § III

### *Comment se prouve la nature de propres ou d'acquêts des meubles.*

**404.** — Tous les meubles qui sont en la possession des époux ou de l'un d'eux sont réputés acquêts de communauté, sauf la preuve contraire : c'est ce qui résulte d'abord de l'article 1401, 1°, d'après lequel tout le mobilier des époux entre en communauté, puis de l'article 1402, *à contrario* ; puisque tous les immeubles sont réputés acquêts, sauf la preuve contraire, à plus forte raison doit-

Digitized by Google

il en être ainsi des meubles, car tous les meubles entrent en communauté, sauf les exceptions que nous avons indiquées, tandis qu'il n'y a que des catégories d'immeubles à y entrer.[1]

**405.** — De quelle manière l'un des époux peut-il faire la preuve que certains objets mobiliers, qu'il revendique, ont bien le caractère de propres ? Cette preuve, n'étant soumise par l'article 1401 à aucune règle spéciale, reste sous l'empire des règles de droit commun sur la preuve.

Observons seulement qu'il ne suffit pas que la femme prouve que l'objet qu'elle revendique comme propre a été acheté par elle et en son propre nom : la communauté est réputée propriétaire même des objets achetés par la femme ou en son nom, à moins que celle-ci ne justifie de son droit de propriété.[3]

[1] Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 31, p. 290 ; Laurent, XXI, n° 286.

[2] Aubry et Rau et Laurent, *Op. et loc. citat.*

[3] Cassation, 22 mars 1853, Sirey, 53, I, 467, et Dalloz, 53, I, 102 ; Paris, 13 janvier 1854, Sirey, 54, II, 209, et Dalloz, 54, II, 93.

Digitized by Google

## SECTION II

*Des fruits des biens propres des époux.*

**406.** — L'article 1401, 2°, s'occupe dans les termes suivants de ce second chef de la communauté légale : « La « communauté se compose... de tous les fruits, revenus, « intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, « échus ou perçus pendant le mariage, et provenant des « biens qui appartenaient aux époux lors de sa célébration, « ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage, à « quelque titre que ce soit. »

Pothier indique très bien pourquoi les fruits doivent former un second élément de la communauté, distinct des meubles :

« Toutes les charges du mariage, dit-il, devant tomber « sur la communauté, il était juste de lui donner ces fruits « pour les supporter.

« On dira peut-être que les fruits des propres de chacun « des conjoints, qui sont perçus ou échus durant la com- « munauté, étant des choses meubles, ils entrent, en leur « qualité de choses meubles, dans la communauté légale...; « et qu'ainsi il est inutile de considérer dans ces fruits leur « qualité de fruits, et d'en faire une troisième espèce de « choses qui composent la communauté légale.

Digitized by Google

« Je réponds que cela n'est pas inutile, et que la qualité « de fruits qu'ont ces choses est une qualité particulière « qu'ils ont pour entrer dans la communauté légale, dis- « tinguée de leur qualité générale de biens meubles, et « qui les y fait entrer dans certains cas, dans lesquels leur « seule qualité générale de biens meubles ne les y ferait « pas entrer.

« En effet, le principe que tous les biens meubles de « chacun des conjoints entrent dans la communauté souf- « fre exception à l'égard de ceux qui sont provenus de leurs « biens propres durant la communauté, tels que sont des « bois de haute futaie abattus durant la communauté, sur « les héritages propres de l'un ou de l'autre conjoint...

« Il faut donc rechercher et considérer dans ces fruits, « outre leur qualité générale de choses meubles, la qua- « lité particulière qu'ils ont de fruits des propres des con- « joints, perçus ou échus durant leur communauté, puis- « que c'est cette qualité particulière seule qui les fait en- « trer dans la communauté ».[1]

**407.** — Les motifs que nous venons de reproduire, d'après Pothier, vont nous permettre de bien préciser la portée de la règle de l'article 1401, 2° : la distinction qui résulte de ce texte, entre les fruits et les produits extraordinaires, ceux-ci étant exclus de la communauté, ceux-là y entrant, ne s'applique qu'aux fruits et produits recueillis pendant le mariage. Quant aux produits qui auraient été perçus par l'un des futurs époux avant le mariage, et qui ne seraient pas encore consommés au moment du mariage, ils entreront en communauté comme meubles, en vertu de la règle générale de l'article 1401, 1°.

Observons d'ailleurs que le motif pour lequel les produits extraordinaires sont exclus de la communauté manque, s'il s'agit de produits recueillis avant le mariage : le législateur n'a pas voulu que la communauté s'enrichît

[1] *Traité de la communauté*, n° 204.



Digitized by Google

aux dépens des propres de l'un des conjoints, ce qui l'a porté à exclure de la communauté les produits, mais ce danger n'existe pas lorsque les produits étaient recueillis avant le mariage.

A plus forte raison les fruits recueillis avant le mariage entrent-ils en communauté, en vertu de leur qualité générale de meubles.

**408.** — Nous n'avons pas à entrer ici dans l'examen de la distinction entre les fruits et les produits, ni entre les diverses sortes de fruits, naturels, industriels et civils : cet examen se rattache à l'étude des articles 582 à 586, au titre *De l'usufruit*.

Remarquons seulement que l'article 1403 renvoie aux règles de l'usufruit, en ce qui concerne le produit des mines et carrières, et les coupes de bois : la communauté ne profitera donc que du produit des mines et carrières ouvertes avant le mariage, et des bois mis en coupe réglée avant cette époque.

Toutefois il faut entendre ces expressions, mines et carrières ouvertes avant le mariage, dans un sens large. Ainsi, lorsqu'une exploitation minière a été commencée avant le mariage, et qu'un certain nombre de nouveaux puits sont ouverts pendant le mariage pour continuer cette exploitation, les produits des nouveaux puits comme les produits des anciens puits tomberont en communauté, car il s'agit d'une exploitation unique, commencée avant le mariage.[1]

De même il faudrait considérer comme faisant partie d'une carrière ouverte avant le mariage le terrain contigu à la carrière, qui aurait été, avant le mariage, acheté par le futur époux et réuni au terrain de la carrière ; bien que l'exploitation, dans ce nouveau terrain, n'ait commencé qu'après le mariage, l'achat et la réunion de ce terrain à l'ancienne carrière suffisent pour établir chez le futur époux l'intention de faire de ces deux terrains une seule carrière.

[1] Besançon, 3 mars 1863, Dalloz, 63, II, 49.

Digitized by Google

dont l'exploitation a commencé avant le mariage et devra profiter à la communauté.[1]

409. — La loi du 21 avril 1810 sur l'exploitation des mines a-t-elle modifié la règle de l'article 1403 ? M. Colmet de Santerre a très habilement soutenu l'affirmative : aux termes de l'article 19 de la loi du 21 avril 1810, la mine une fois concédée devient un immeuble distinct de la surface, même quand elle a été concédée au propriétaire de cette surface. Il suit de là, dit-il, que si la mine a été concédée avant le mariage à l'un des époux, fût-il propriétaire du sol, elle forme un immeuble nouveau, et les produits tombent en communauté, la mine n'eût-elle été ouverte qu'après le mariage. Si elle a été concédée pendant le mariage à l'un des époux, même propriétaire du sol, les produits tomberont encore en communauté : l'acquisition de cette mine constitue un propre, car elle est concédée à titre gratuit par le gouvernement ; il faut donc la considérer comme un immeuble nouveau, acquis pendant le mariage, et dont les revenus tombent en communauté, sans avoir égard à la disposition de l'article 1403.[2]

Cette théorie nous paraît inadmissible : elle arrive en effet à supprimer dans le Code la disposition de l'article 1403 relative aux mines, du moins dans l'hypothèse la plus fréquente, celle où l'exploitation de la mine n'a pas lieu à ciel ouvert. Or tel n'est pas, à notre avis, le but de la loi du 21 avril 1810, qui a organisé la propriété minière dans un but d'intérêt général, mais non pour modifier la règle des articles 598 et 1403, laquelle n'a été abrogée ni expressément, ni tacitement.

La Cour de Lyon a très bien mis en relief les motifs des articles 598 et 1403, motifs qui doivent conduire à rejeter la solution que nous combattons :

[1] Cassation, 23 février 1881, Sirey, 82, I, 79; Dalloz, 81, I, 315; et *France judiciaire*, 81-82, p. 401.

[2] VI, nos 28 *bis* II à 28 *bis* IV. — *Sic* Laurent, XXI, n° 253.

Digitized by Google

« Considérant que le législateur a voulu, à cause de la « nature exceptionnelle des produits des mines dans les- « quels on pouvait, suivant la définition du droit, ne pas « voir des fruits, tracer une règle indiquant les cas où il y « aurait à leur attribuer ce caractère ; que cette règle, « prise d'une sorte de destination du père de famille, re- « pose sur la présomption tirée du fait actuel de la percep- « tion des produits de la mine, et sur leur appropriation « existant, à l'instar de véritables fruits, quand a eu lieu « le titre constitutif de l'usufruit, ou qu'a été contracté le « mariage ;

« Que le législateur suppose alors, dans le premier cas, « que la volonté de celui qui a concédé l'usufruit a été que « l'usufruitier eût, sur les produits de la mine, une jouis- « sance pareille à la sienne ; dans le second cas, que l'époux « apportant la mine en dot a voulu l'apporter avec des « produits ayant caractère de fruits conforme à leur per- « ception antérieure ».[1]

La loi du 21 avril 1810 n'a pu avoir pour but et n'a pas pour résultat de modifier cette règle de l'article 1403 : aussi croyons-nous que si l'époux, propriétaire du sol, obtient la concession d'une mine soit avant, soit pendant le mariage, les produits de la mine entreront dans la communauté dans le premier cas, et en seront exclus dans le second, conformément à la règle de l'article 1403.[2]

Quant à la question de savoir dans quels cas la mine doit être réputée ouverte avant le mariage, elle peut être dans certains cas très délicate, mais elle se rattache à la théorie des exploitations minières, et non à celle du contrat de mariage.[3]

**410.** — La communauté n'a pas, disons-nous, d'autres

[1] Lyon, 7 décembre 1866, Sirey, 67, II, 6.
[2] *Sic* Lyon, 24 mai 1853, Sirey, 54, II, 727.
[3] *Voir* sur ce point l'arrêt précité de Lyon du 7 décembre 1866.

Digitized by Google

droits sur les bois non mis en coupe réglée qu'un usufruitier ordinaire ; mais elle a les mêmes droits, et le renvoi fait par l'article 1403 aux règles établies au titre *De l'usufruit* ne laisse pas de doutes à ce sujet.

Il suit de là, notamment, que la communauté aura droit aux arbres arrachés ou brisés par accident, pour faire les réparations dont elle est tenue ; et qu'on pourra même en faire abattre pour cet objet si cela est nécessaire, conformément à l'article 592. De même la communauté aura droit, d'après l'article 593, aux bois nécessaires pour faire des échalas pour les vignes, ainsi qu'à prendre, sur les arbres, des produits annuels ou périodiques.[1]

C'est ainsi encore que si les biens propres de l'un des époux ne produisent pas de fruits, l'usage en appartiendra à la communauté, comme l'usage de tous les biens non frugifères appartient à l'usufruitier.[2]

Par application des mêmes principes, il faut décider que la communauté n'a aucun droit aux arbres coupés dans les bois appartenant à la femme, et qui n'auraient pas été mis en exploitation avant le mariage soit par coupes périodiques, soit par coupes d'un certain nombre d'arbres dans toute leur étendue.[3]

**411.** — La communauté a droit aux fruits « *échus* ou « *perçus* » pendant le mariage, dit l'article 1401 : ce qui signifie que la communauté acquiert les fruits comme un usufruitier, les fruits civils jour par jour, et les fruits naturels par la perception.

Ce mode d'acquisition est, en ce qui concerne les fruits naturels, tout à fait défectueux, et Pothier a signalé très justement les inconvénients qu'il présente :

« Supposons, dit-il, que peu après le mariage il s'est « fait, durant la communauté, une coupe d'un bois taillis,

[1] Troplong, I, nos 555 et 556.

[2] Colmet de Santerre, VI, nos 23 et 26 *bis* II ; Laurent, XXI, no 244.

[3] Lyon, 7 février 1883, Dalloz, 85, II, 74.

Digitized by Google

« propre de l'un des conjoints, qui ne se coupe que tous « les dix ans : quoique cette coupe soit le fruit de dix « années, et que le mariage n'ait duré que peu de mois, « la coupe entière ne laissera pas d'appartenir à la com- « munauté ;

« *Vice versa*, quoique le principal revenu de l'héritage « de l'un des conjoints, *putà*, de la femme, consistât dans « un bois taillis, d'où il n'y a eu aucune coupe à faire pen- « dant tout le temps qu'a duré le mariage ; quoique le ma- « riage ait duré plusieurs années, le mari ne pourra rien « prétendre, pour la communauté qu'il a eue avec sa dé- « funte femme, dans la coupe qui s'en fera après la mort « de sa femme, qui a dissous la communauté. »[1]

Nous trouverons, dans le régime dotal, une règle bien meilleure empruntée au droit romain : l'article 1571 décide, en effet, que les fruits des immeubles dotaux se partagent entre le mari et la femme, ou leurs héritiers, à proportion du temps que le mariage a duré pendant la dernière année. Mais jamais cette règle n'avait été admise, sous notre ancien droit, dans les pays de communauté, et il résulte du rapprochement des articles 1401, 2°, et 1571, qu'il est impossible de l'étendre du régime dotal à la communauté.

**412.** — Jusqu'à présent nous avons montré l'analogie qui existe entre la situation de la communauté et celle d'un usufruitier, par rapport au droit qui lui appartient de jouir des biens propres des époux : mais il y a entre ces deux situations des différences importantes, à raison du motif suivant.

La communauté ne peut, ainsi que nous l'avons déjà dit, s'enrichir aux dépens des propres des époux, ni les époux aux dépens de la communauté. Ce principe, consacré notamment par les articles 1433 et 1437, va conduire aux conséquences suivantes, en ce qui touche la jouissance des propres des époux.

[1] *Traité de la communauté*, n° 207.

Digitized by Google

En premier lieu, si des coupes de bois avaient dû être faites pendant le mariage, à raison de l'âge du bois, et ne l'ont pas été, la communauté aura droit à une récompense contre l'époux propriétaire du bois ou contre ses héritiers : c'est ce qui résulte du texte même de l'article 1403. A l'inverse, s'il y avait eu des coupes faites par anticipation, la communauté qui en a profité devrait une récompense à l'époux.[1]

L'article 1403, en posant le principe de l'indemnité pour les coupes retardées, emploie une expression inexacte : il dit que l'indemnité est due « à l'époux non propriétaire du « fonds ou à ses héritiers. » Mais ce n'est pas cet époux qui avait droit aux fruits des propres de son conjoint, c'est la communauté : il suit de là que le préjudice est causé non à l'époux, mais à la communauté, qui seule a droit à la récompense.[2]

**413.** — Faut-il appliquer la solution de l'article 1403, pour le retard dans les coupes de bois, au retard apporté à d'autres récoltes, par exemple à des moissons ou à des vendanges ?

Non, dit une première opinion ; le texte de l'article 1403 ne parle que des coupes de bois retardées, et il y avait un motif pour qu'il en fût ainsi : c'est qu'il est impossible de retarder longtemps les autres récoltes, qui bientôt périraient sur pied, et la loi n'a pas dû déroger aux règles générales, en vue d'un danger pour ainsi dire chimérique.[3]

Nous croyons qu'il vaut mieux étendre à toute récolte le principe que le retard dans la récolte doit donner lieu à récompense au profit de la communauté. L'article 1403, 2, ne nous paraît pas être une exception au droit commun,

[1] Rodière et Pont, I, n° 471 ; Colmet de Santerre, VI, n° 27 *bis* I; Laurent, XXI, n° 254.

[2] Rodière et Pont, I, n° 490 ; Colmet de Santerre, VI, n° 27 *bis* IV et 27 *bis* V.

[3] Colmet de Santerre, VI, n° 27 *bis* VI.

Digitized by Google

mais bien l'application d'une règle générale du régime en communauté, à savoir que la communauté ne peut s'enrichir aux dépens des époux, ni les époux aux dépens de la communauté ; et du moment où c'est une règle générale il faut l'appliquer dans toutes les hypothèses où cet enrichissement pourrait se produire.

Nous reconnaissons volontiers que ces retards seront beaucoup plus rares pour des récoltes annuelles, des moissons, des vendanges, etc..., que pour des coupes de bois, et c'est même ce qui explique que l'article 1403 ne s'en soit pas occupé. Mais, du moment où le retard sera certain, nous ne voyons pas de motif pour distinguer entre les diverses catégories de fruits.[1]

**414.** — Une autre application de notre principe, que les époux et la communauté ne peuvent s'enrichir aux dépens les uns des autres, doit être faite dans l'hypothèse où, à la dissolution de la communauté, l'un des époux trouve ses immeubles préparés et ensemencés aux frais de la communauté : il devra récompense des frais de labours et de semences à la communauté.

La question ne se présente pas à la naissance de la communauté, dans le cas où l'un des époux apporte en mariage des immeubles sur lesquels la récolte est préparée : en effet, si le futur époux n'avait pas fait ces frais de labour et d'ensemencement, la communauté profiterait des capitaux qu'il y a dépensés, il ne peut donc y avoir lieu à récompense.

Au contraire, il y a lieu à récompense si la récolte a été préparée sur des immeubles propres aux frais de la communauté : le motif en est que, sans cela, l'époux s'enrichirait aux dépens de la communauté.

On objecte que l'article 585 édicte une règle contraire en matière d'usufruit, et qu'aucun texte n'y apporte d'exception au titre de la communauté.[1] Nous répondrons que l'ar-

[1] Rodière et Pont, I, n° 471 ; Laurent, XXI, n° 247.

Digitized by Google

ticle 1437 suffit pour autoriser cette exception, du moment où il pose le principe que l'époux doit récompense à la communauté, toutes les fois qu'il tire un profit personnel des biens de la communauté.[1]

**415.** — Le principe que nous examinons conduit à une nouvelle dérogation aux règles de l'usufruit : tandis que l'article 599 interdit à l'usufruitier de réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites au fonds soumis à usufruit, la communauté peut, en vertu de l'article 1437, réclamer une indemnité pour toute amélioration conférée aux propres de l'un des époux.

Cette dérogation, que nous étudierons avec la théorie des récompenses (article 1437), conduit notamment à l'application suivante : si l'on a ouvert pendant le mariage une carrière sur un immeuble de l'un des époux, les frais faits pour l'ouverture de la carrière, dont les produits restent propres à l'époux, donneront lieu à récompense au profit de la communauté.[2]

**416.** — A un autre point de vue, les règles de l'usufruit ne doivent pas être appliquées à la communauté, en ce qui concerne les garanties de restitution exigées de l'usufruitier au début de sa jouissance, inventaire, état des immeubles et caution. En effet, si la communauté a des droits analogues par leur étendue à ceux d'un usufruitier, elle n'est pas usufruitière dans le sens légal du mot : les pouvoirs du mari comme chef de la communauté sont beaucoup plus étendus que ceux d'un usufruitier, et on ne peut, à défaut d'un texte qui serait incompatible avec l'é-

[1] Buguet, sur Pothier, *Traité de la communauté*, n° 213.

[2] Rennes, 26 janvier 1828, Sirey, C. N., IX, II, 24 ; Douai, 20 décembre 1848, Sirey, 49, II, 544, et Dalloz, 50, II, 192. — Pothier, *Traité de la communauté*, n°s 209 et 212; Proudhon, *De l'usufruit*, V, n°s 2685 et 2686 ; Troplong, I, n° 467 ; Rodière et Pont, I, n° 475 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 36, p. 292; Laurent, XXI, n° 248.

[3] Rodière et Pont, I, n° 494 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 37, p. 292.

Digitized by Google

tendue des pouvoirs donnés au mari, exiger les garanties dont nous parlons.[1]

**417.** — La communauté a droit non seulement aux fruits et revenus des biens dont les époux sont propriétaires, mais encore aux fruits et revenus qui leur appartiennent à quelque titre que ce soit, à titre d'usufruitier,[2] de possesseur de bonne foi, d'acquéreur sous condition résolutoire, d'envoyé en possession des biens d'un absent (article 127), de créancier d'une rente viagère.[3]

Il suit de là que si la rente viagère due à un époux, et lui appartenant en propre, est amortie pendant le mariage, et que le mariage soit dissous par la mort de l'époux crédirentier, le capital de l'amortissement profitera exclusivement à la communauté : en effet, ce capital représente les arrérages qui auraient appartenu à la communauté jusqu'au décès de l'époux crédirentier.[4]

Bien plus, si l'un des époux vend une nue propriété qui lui appartient, les intérêts du prix profiteront à la communauté, quoique la nue propriété ne procurât à la communauté aucun avantage : ce sont des intérêts d'un capital appartenant à l'un des époux, et cela suffit pour qu'ils entrent en communauté, quelle que soit l'origine du capital.[5]

**418.** — Les règles que nous venons d'étudier, sur l'attribution à la communauté des fruits et revenus de tous les biens propres des époux, reçoivent exception si l'un d'eux reçoit pendant le mariage, par donation ou par legs, des biens sous la condition que le revenu lui en restera propre : nous avons indiqué les motifs pour lesquels cette clause est valable et doit recevoir son exécution.[6]

[1] Aubry et Rau, V, § 507, texte, p. 292 ; Laurent, XXI, n° 249.
[2] Paris, 20 février 1815, Sirey, C. N., V, II, 19.
[3] Rodière et Pont, I, n° 462 ; Laurent, XXI, n° 240.
[4] Cassation, 10 avril 1855, Sirey, 55, I, 242, et Dalloz, 55, I, 177. — Laurent, XXI, n° 241.
[5] Orléans, 27 décembre 1855, Sirey, 56, II, 614, et Dalloz, 57, II, 34. — Laurent, XXI, n° 242.
[6] *Suprà*, Tome I, n°s 400-403.

Digitized by Google

## SECTION III

*De l'actif immobilier de la communauté.*

**419.** — Nous allons suivre la même division pour l'étude de l'actif immobilier de la communauté que celle que nous avons suivie relativement à son actif mobilier. De là les trois paragraphes suivants :

§ I. — *Des immeubles qui entrent en communauté.*

§ II. — *Des immeubles propres.*

§ III. — *Comment se prouve la nature de propres ou d'acquêts des immeubles.*

### § I

*Des immeubles qui entrent en communauté.*

**420.** — Les immeubles qui entrent en communauté appartiennent à trois catégories :

A. — *Immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage.*

B. — *Immeubles acquis à titre onéreux depuis le contrat de mariage et avant le mariage.*

C. — *Immeubles donnés ou légués sous la condition qu'ils entreront en communauté.*

Digitized by Google

**421.** — A. *Immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage.* — Tous les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage sont communs (article 1401, 3°), il importe peu qu'ils soient achetés par le mari ou par les deux époux, ce qui sera le plus fréquent, ou par la femme seule. Même dans ce dernier cas, les immeubles entrent en communauté, car la femme est réputée n'avoir agi que comme mandataire du mari, et par suite de la communauté.[1]

Les immeubles ainsi acquis entrent en communauté, même s'ils sont payés avec des valeurs propres à la femme, du moment où les conditions exigées pour le remploi n'ont pas été observées.[2]

**422.** — Que décider si l'un des époux reçoit, pendant le mariage, un immeuble en paiement d'une créance à lui propre ? Cet immeuble sera-t-il propre, comme la créance qu'il remplace, ou acquêt ?

Une opinion soutient que l'immeuble est propre, sans que l'on ait besoin d'observer les conditions du remploi : on en donne pour motif que l'immeuble a pris la place de la créance propre, et n'a pas pu entrer dans la communauté, pas plus que la créance qu'il représente. La créance est, dit-on, de plein droit et par le fait même, remplacée par l'immeuble.[3]

Nous croyons qu'il est plus exact de dire que si les conditions du remploi n'ont pas été observées, l'immeuble entrera en communauté. En effet, cette théorie du remplacement *ipso facto* de la créance propre par l'immeuble donné en paiement n'est écrite nulle part : au contraire, tout immeuble acquis pendant le mariage est réputé acquêt de communauté, à moins que cette acquisition ne rentre dans un des cas d'exception prévus par la loi. Tels sont l'échange, auto-

[1] Troplong, I, n° 491 ; Rodière et Pont, I, n° 499 ; Laurent, XXI, n° 258.

[2] Laurent, XXI, n° 258.

[3] Paris, 21 février 1868, Sirey, 68, II, 176, et Dalloz, 68, II, 49.

Digitized by Google

risé par l'article 1407, et le remploi, prévu par les articles 1434 et suivants ; mais la dation en paiement n'est ni un échange, ni un remploi, lorsque les formalités du remploi n'ont pas été observées, et l'immeuble acquis à ce titre doit suivre la loi commune des immeubles achetés pendant la communauté.[1]

**423.** — Il faut assimiler aux immeubles achetés pendant le mariage ceux qui auraient été cédés par un tiers à l'un des époux, à titre gratuit en apparence, mais avec des charges si onéreuses que l'acte ne pourrait être considéré, dans son ensemble, comme un acte à titre gratuit. Une pareille cession constitue une acquisition à titre onéreux, et tous les immeubles acquis à ce titre entrent en communauté.

Il n'en serait différemment que si les charges étant notablement inférieures à la valeur des immeubles cédés, l'acte constituait une libéralité avec charges ; en ce cas l'immeuble resterait propre, sauf récompense à la communauté des dettes par elle payées, en vertu de la règle d'après laquelle les immeubles acquis à titre de donation demeurent propres à l'époux donataire.[2]

L'article 1406 pose d'autres principes lorsque l'immeuble, au lieu d'être cédé par un étranger, est cédé par le père, la mère ou un autre ascendant à l'un des conjoints : alors l'immeuble est toujours propre, mais c'est là une règle exceptionnelle, comme nous le démontrerons en étudiant l'article 1406,[3] et l'on ne peut étendre cette règle à l'hypothèse où la cession émane d'un étranger.

**424.** — L'usufruit d'immeubles dont l'un des époux était nu-propriétaire est-il un propre ou un acquêt, lorsqu'il

[1] Cassation, 26 juillet 1869, Sirey, 69, I, 401, et Dalloz, 69, I, 455; Rouen, 23 février 1870, Sirey, 71, II, 91, et Dalloz, 71, II, 235. — Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 42, p. 294; Laurent, XXI, n° 259.

[2] Troplong, I, n° 631; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 43, p. 294-295.

[3] *Infrà*, Tome I, n°s 456-461.

Digitized by Google

est acquis à titre onéreux pendant le mariage, soit par les deux époux, soit par l'époux nu-propriétaire seul ?

Des auteurs ont soutenu, dans notre ancien droit comme dans le droit nouveau, que cet usufruit demeurait propre à l'époux nu-propriétaire.[1] L'usufruit n'a été, dit-on, acquis qu'en vue du propre de l'époux nu-propriétaire : la communauté n'avait aucun motif pour l'acheter en son nom, mais bien au nom de l'époux qui avait, lui, un réel avantage à l'acquérir. Il en sera donc de l'usufruit comme d'une servitude achetée par la communauté, et grevant l'immeuble propre de l'un des époux : l'usufruit s'éteint virtuellement par l'effet de la consolidation et se réunit à la nue propriété, comme la servitude se réunit au fonds qu'elle grevait, et sauf récompense.

Nous croyons que l'usufruit est un conquêt, et cette solution nous paraît commandée par le texte de l'article 1401, 3°. L'usufruit sur un immeuble est lui-même un immeuble, susceptible d'hypothèque aux termes de l'article 2118 ; il doit donc entrer en communauté, au même titre que les autres immeubles acquis pendant le mariage. L'article 1408 ne permet pas d'échapper à l'application de cette règle, car il n'y a pas indivision entre le nu-propriétaire et l'usufruitier ; l'article 1437 ne le permet pas davantage, car l'usufruit n'est point un service foncier, une servitude dans le sens où les rédacteurs du Code civil ont pris ce mot.

On objecte qu'il est de l'intérêt de l'époux nu-propriétaire de voir l'usufruit se réunir à la nue propriété : nous répondrons que l'usufruit, à la différence de la servitude réelle, a une existence propre ; qu'il peut être cédé au profit d'un tiers, aux termes de l'article 535 ; et qu'il n'y a aucune raison juridique pour que la communauté ne l'achète pas en son nom personnel.

[1] Dumoulin, *Comment. sur l'ancienne coutume de Paris*, art. CXIX, n° 1, Tome I, p. 878 (Edition de 1581); Pothier, *Traité de la communauté*, n° 639; Duranton, XIV, n° 371 ; Troplong, I, n°s 504-505.

Digitized by Google

Comme conséquence pratique du système que nous adoptons, si l'usufrutier cédant survit à la dissolution de la communauté, l'usufruit devra être compris dans le partage des biens qui la composeront.[1]

**425.** — B. *Immeubles acquis à titre onéreux depuis le contrat de mariage et avant le mariage.* — Aux termes de l'article 1404, 2°, si l'un des époux avait acquis un immeuble depuis le contrat de mariage et avant la célébration du mariage, l'immeuble sera propre, à moins que l'acquisition n'ait été faite en vertu de quelque clause du contrat de mariage.

Cette disposition, qui tranche une question controversée dans notre ancien droit, est empruntée aux arrêtés de Lamoignon, où nous trouvons le passage suivant : « Les « acquisitions faites par l'un des conjoints depuis le contrat « de mariage, avant les épousailles, entreront en commu- « nauté, si ce n'est que les acquisitions aient été faites en « exécution des clauses du contrat de mariage, auquel cas « elles seront réglées suivant le contrat ».[2]

Cette solution était aussi celle de Pothier : « Les parties, « disait-il, lors du contrat de mariage, en ne s'expliquant « pas sur les choses qui composeraient leur communauté, « sont censées être tacitement convenues qu'elle sera com- « posée des choses que chacune d'elles avait alors, qui « étaient de nature à y entrer. C'est pourquoi les immeu- « bles dans lesquels l'un des conjoints a, dans le temps « intermédiaire, converti ses biens mobiliers, quoique ac- « quis par lui avant la communauté, doivent y entrer ».[3]

On peut donner deux motifs de cette règle :

[1] Rouen, 1er juillet 1841, Sirey, 41, II, 490; Cassation, 16 juillet 1845, Sirey, 45, I, 721, et Dalloz, 45, I, 321. — Proudhon, *De l'usufruit*, V, n° 2681; Rodière et Pont, I, n° 511; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 44, p. 295; Laurent, XXI, n° 260.

[2] T. XXXII, n° 12.

[3] *Traité de la communauté*, n° 281.

Digitized by Google

En premier lieu, une pareille acquisition constitue une dérogation aux conventions matrimoniales : l'un des futurs époux apportait une dot en argent, qui devait tomber dans la communauté, il la transforme en un immeuble. Si cet immeuble restait propre, les conventions matrimoniales seraient modifiées, sans que l'on eût observé les formalités prescrites pour les contre-lettres par les articles 1396 et 1397.

En second lieu, si l'immeuble avait la qualité de propre, l'un des futurs époux pourrait faire fraude aux droits de son futur conjoint, par cette transformation de ses capitaux qui diminuerait l'actif de la communauté.

**426.** — Cette disposition de l'article 1404, toute sage qu'elle soit, constitue une exception au droit commun, d'après lequel tous les immeubles que les époux possèdent au moment de la célébration du mariage leur restent propres : il faut donc l'entendre restrictivement, et l'appliquer uniquement à l'hypothèse prévue par ce texte.

De là plusieurs conséquences.

D'abord, l'article 1404, ne devra pas être appliqué à l'échange d'immeubles : le motif n'est plus le même, l'immeuble nouveau prendra la place de l'ancien, et il n'y aura aucune modification à la composition de la communauté, telle que les époux l'avaient prévue lors du contrat de mariage.[1]

D'un autre côté, l'article 1404 ne s'appliquera pas aux acquisitions faites, avant le mariage, par les futurs époux qui se sont mariés sans contrat : on ne peut dire en effet qu'il y a une modification apportée aux droits que le contrat de mariage fait naître, mais seulement une atteinte aux espérances que l'un ou l'autre des conjoints avait pu concevoir.[2]

Enfin notre texte ne devra pas non plus s'appliquer aux

[1] Rodière et Pont, I, n° 505.
[2] Rodière et Pont, I, n° 500; Laurent, XXI, n° 264.

Digitized by Google

acquisitions faites par l'un des époux avant le contrat de mariage, si rapprochée que soit leur date de celle du contrat de mariage. On est alors tout à fait en dehors de l'article 1404, qui ne vise que les acquisitions faites dans l'intervalle du contrat de mariage au mariage ; et, d'ailleurs, on ne peut dire qu'il y a dans cette acquisition soit une contre-lettre, soit une modification frauduleuse aux droits résultant du contrat de mariage.[1]

A plus forte raison, l'immeuble donné dans l'intervalle du contrat de mariage au mariage à l'un des époux sera-t-il propre à l'époux donataire : il n'y a là ni contre-lettre, puisqu'il s'agit d'une donation nouvelle, ni fraude aux droits de l'un des conjoints, puisque la fortune mobilière du conjoint donataire n'est pas diminuée.[2]

**427.** — Mais, du moment où l'immeuble est acheté dans l'intervalle qui sépare le contrat de mariage du mariage, cet immeuble est acquêt, quelque long qu'ait été cet intervalle : la loi ne distingue pas, et, d'un autre côté le long temps écoulé n'empêche pas la transformation des capitaux en immeubles de déroger aux conventions arrêtées, si les meubles devaient avoir le caractère de propres.

Aussi est-ce avec raison que l'article 1404, 2, a été appliqué même au cas où un intervalle de seize ans s'était écoulé entre le contrat de mariage et le mariage.[3]

**428.** — L'article 1404 ajoute que l'immeuble acheté dans cet intervalle sera propre, si l'achat a été fait en exécution de l'une des clauses du contrat de mariage. Cette exception est facile à justifier, car ni l'un ni l'autre des deux motifs que nous avons assignés à l'article 1404, 2,

[1] Rodière et Pont, I, n° 500; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 47, p. 296 ; Laurent, XXI, n° 265.

[2] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 281 ; Rodière et Pont, I, n° 504; Laurent, XXI, n° 267.

[3] Paris, 6 décembre 1855, Dalloz, 56, II, 28; Rodière et Pont, I, n° 502; Laurent, XXI, n° 263.



Digitized by Google

n'existe : il n'y a pas de dérogation au contrat de mariage, puisque c'est en exécution même de ce contrat que l'immeuble a été acheté. Il n'y a pas non plus fraude aux droits de l'un des conjoints, puisque la transformation du capital en immeuble a été formellement prévue dans le contrat.

**429.** — Que faut-il décider dans l'hypothèse inverse de celle prévue dans l'article 1404 ? Lors de la rédaction du contrat de mariage, l'un des futurs époux était propriétaire d'un immeuble, et il l'aliène dans l'intervalle du contrat de mariage au mariage : le prix de l'aliénation entrera-t-il en communauté ?

Une opinion enseigne que ces capitaux entreront en communauté : elle invoque principalement les deux motifs suivants. D'abord, l'article 1404, 2, ne prévoit pas cette hypothèse, mais bien l'hypothèse inverse ; et comme ce texte constitue une exception à la règle d'après laquelle les biens entrent ou non en communauté, suivant leur état au moment du mariage, on doit l'entendre restrictivement. De plus, le danger que l'article 1404, 2, a voulu éviter, la fraude aux droits de l'un des conjoints, n'existe pas ici, puisque la conversion de l'immeuble en capitaux, bien loin de nuire à l'autre conjoint, lui profitera.[1]

L'opinion contraire, d'après laquelle les capitaux provenant de l'immeuble aliéné resteront propres à l'époux vendeur, nous semble préférable.

Cette théorie avait prévalu déjà dans notre ancien droit : « La raison est, disait Pothier, que les futurs conjoints « peuvent bien se faire tels avantages que bon leur semble « par leur contrat de mariage ; mais, dans le temps inter- « médiaire entre le contrat et la célébration, il ne leur est « plus permis d'en changer les conditions, et de se faire

[1] Toullier, XII, n° 271 ; Marcadé, V, art. 1404-1406, I ; Rodière et Pont, I, 371.

Digitized by Google

« aucun avantage, ni direct, ni indirect, à l'insu et sans le « gré de leurs parents qui y ont assisté ».[1]

La raison que donne Pothier nous paraît encore aujourd'hui déterminante : sans doute il n'y a pas fraude au préjudice du conjoint de l'époux vendeur, mais il y a dérogation aux conventions matrimoniales, et cette dérogation ne peut produire effet sans l'observation des formalités des articles 1396 et 1397. Cela suffit pour décider que les capitaux devront suivre le sort de l'immeuble.

S'il en était autrement, l'article 1396 deviendrait lettre morte : les futurs époux pourraient se faire des avantages sans le consentement des personnes qui les ont assistées lors de la rédaction de leur contrat de mariage, au moyen de cette transformation de leurs immeubles en capitaux ; c'est ce résultat que le législateur n'a pu autoriser, et qui doit faire donner à l'article 1404 l'interprétation que nous adoptons.[2]

**130.** — C. *Immeubles donnés ou légués sous la condition qu'ils entreront en communauté.* — En principe, sous l'empire du Code civil, les immeubles donnés ou légués à l'un des conjoints pendant le mariage lui restent propres (article 1405). Cette solution est contraire à celle de l'ancien droit, qui considérait comme acquêts les immeubles donnés ou légués à l'un des conjoints, excepté dans le cas où il les recevait à titre d'avancement d'hoirie.[3]

La solution nouvelle s'explique par le motif suivant : le législateur a pensé que le donateur ou le testateur, en donnant ou léguant à l'un des conjoints, n'a pas entendu avantager l'autre, et que ce serait décider contrairement à

[1] *Traité de la communauté*, n° 371.

[2] Colmar, 27 février 1866, Sirey, 66, II, 227, et Dalloz, 66, V, 71. — Troplong, I, n° 364; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 7, p. 283; Laurent, XXI, n° 268.

[3] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 168.

Digitized by Google

sa volonté que d'en faire profiter indirectement l'autre conjoint, en faisant entrer le bien donné en communauté.

M. Laurent estime que le système des coutumes était plus logique, car donner à l'un des époux communs en bien, dit-il, c'est lui donner à titre d'époux, c'est-à-dire d'associé : c'est donc donner à la communauté.[1]

Nous préférons, en ce qui nous concerne, la solution du Code : si le donateur ou le testateur avait voulu avantager les deux époux, il les aurait institués tous les deux. En n'appelant qu'un seul à recueillir sa libéralité, il nous semble qu'il a entendu exclure l'autre, et qu'à ce point de vue la décision du Code est plus en harmonie avec l'intention probable du gratifiant.

**431.** — Après avoir posé la règle que les immeubles donnés sont propres, le législateur indique, dans l'article 1405, l'exception que nous avons à étudier : « A moins que « la donation ne contienne expressément que la chose « donnée appartiendra à la communauté. »

Il est certain alors que la volonté du gratifiant a été d'avantager non pas l'époux donataire ou légataire, mais la communauté, et que la règle de l'article 1405, qui n'est fondée que sur la volonté présumée du disposant, doit cesser de recevoir son application.

Le texte exigeant que la donation contienne « *expressément* » que la chose donnée appartiendra à la communauté, il faut une clause formelle dans l'acte, et l'on ne pourrait induire la volonté du disposant de l'ensemble de l'acte. Ajoutons seulement qu'en cette matière, comme en toute autre, il n'y a pas de termes sacramentaux, et qu'il suffit que la volonté du testateur soit exprimée d'une façon précise.

**432.** — Si un immeuble est donné ou légué non plus à l'un des deux époux, comme le prévoit l'article 1405, mais aux deux époux conjointement, cet immeuble est-il propre

[1] XXI, nos 269-270.

Digitized by Google

à chacun des époux pour moitié, ou est-il un conquêt de communauté ?

La question est très controversée.

Pour soutenir que l'immeuble est un conquêt, on invoque d'abord le texte de l'article 1405, qui ne parle que de l'hypothèse où la donation est faite à un seul des époux ; l'argument *à contrario* est concluant ici, dit-on, puisque la disposition du texte est exceptionnelle, et qu'il s'agit d'un retour au droit commun. On ajoute que si les rédacteurs du Code ont dérogé à l'ancien droit, quant au sort des donations immobilières faites à l'un des époux, rien n'autorise à penser qu'ils aient voulu y déroger quant aux donations faites aux deux époux. Dans ce dernier cas, en effet, lorsqu'une personne donne à deux époux mariés sous le régime de la communauté, il y a au moins un doute sérieux sur le point de savoir s'il n'a pas voulu avantager la communauté : si les rédacteurs du Code gardent le silence sur cette hypothèse, c'est qu'ils ont entendu la laisser sous l'empire des anciens principes.[1]

Nous croyons, au contraire, que cet immeuble sera propre aux deux époux, à moins de clause contraire dans l'acte.

L'article 1402 nous semble fournir à l'appui de cette opinion un argument décisif : tout immeuble est réputé acquêt, dit ce texte, s'il n'est prouvé qu'il n'est échu depuis le mariage à l'un des époux « à titre de succession ou de « donation. » Le titre de donation est donc mis désormais sur la même ligne que le titre de succession, et les immeubles qui ont l'une ou l'autre de ces deux origines sont des propres.

En vain objecte-t-on que l'article 1402 se réfère aux articles 1404 et 1405, et qu'il a pour but de décider une question de preuve, et non la qualité de propres ou d'acquêts

[1] Toullier, XII, n° 135 ; Marcadé, V, articles 1404-1406, III ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 38, p. 293-294 ; Laurent, XXI, n° 271.

Digitized by Google

des immeubles donnés. Nous croyons qu'il révèle au contraire la pensée du législateur nouveau, insuffisamment formulée, nous le reconnaissons, dans l'article 1405 : cette pensée, c'est l'assimilation des deux origines, la donation et la succession.

Ajoutons que l'effet naturel d'une donation faite à deux personnes conjointement, c'est de faire acquérir à chacune d'elles la moitié du bien donné : attribuer ce bien à la communauté, comme le faisait notre ancien droit, c'était supposer chez le donateur une intention qui devrait être exprimée, car elle est contraire à l'effet naturel de la donation. Aucune trace de cette décision de l'ancien droit n'existant dans le Code, cela suffit pour attribuer l'objet donné à ceux-là qui sont véritablement les donataires, aux deux époux.[1]

**433**. — Observons que, même dans le système que nous avons combattu, celui qui attribue la qualité de conquêt à l'immeuble donné aux deux époux, on reconnaît que l'immeuble devrait être propre aux époux si la volonté du donateur d'en faire un propre ressortait de l'acte, ou des circonstances de l'acte.

C'est ce qui arriverait si la donation était faite aux deux époux avec assignation de parts ;[2] ou bien encore si elle émanait d'un ascendant de l'un des deux époux ;[3] ou enfin si les termes de l'acte et l'ensemble des faits révélaient suffisamment cette pensée chez le disposant.[4]

[1] Toulouse, 23 août 1827, Sirey, c. n., VIII, II, 409; Cassation, 27 avril 1859, Sirey, 60, I, 251. — Duranton, XIV, n° 189; Troplong, I, n° 614; Rodière et Pont, I, n° 591; Colmet de Santerre, VI, n° 38 *bis* VII.

[2] Duranton, XIV, n° 189; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 39, p. 294.

[3] Colmar, 20 janvier 1831, Sirey, 32, II, 355.

[4] Cassation, 27 avril 1860, Sirey, 60, I, 251.

Digitized by Google

## § II

### *Des immeubles propres.*

**434.** — Les immeubles qui restent propres aux époux peuvent être divisés en cinq catégories, que nous allons étudier successivement :

*a. — Immeubles dont l'un des époux avait la propriété ou la possession antérieurement au mariage.*

*b. — Immeubles acquis pendant le mariage à titre gratuit.*

*c. — Immeubles acquis pendant le mariage par suite de cession faite par les père, mère, ou autre ascendant.*

*d. — Immeubles acquis en échange ou en remploi.*

*e. — Immeubles dont l'un des époux était co-propriétaire par indivis.*

**435.** — *a. — Immeubles dont l'un des époux avait la propriété ou la possession antérieurement au mariage.* — L'article 1402 porte que « tout immeuble est réputé acquêt « de communauté, s'il n'est prouvé que l'un des époux en « avait la propriété ou possession légale antérieurement « au mariage. » Ce texte ne fait que compléter l'article 1401, qui, comme nous l'avons vu, fait entrer dans la communauté les meubles que les époux possédaient au moment du mariage, mais qui en exclut les immeubles. C'est une preuve de plus de l'importance que notre ancien droit, et après lui les rédacteurs du Code, attachaient à la propriété immobilière, tandis qu'ils se préoccupaient peu du sort de la propriété mobilière.

Le texte emploie ces expressions : « propriété *ou* pos- « session légale. » Il suit de là que les immeubles dont

Digitized by Google

l'un des époux était propriétaire au moment du mariage lui resteraient propres, même s'il n'en avait eu la possession que postérieurement au mariage.

C'est ce qui arriverait, notamment, si l'un des époux avait acheté un immeuble, qui ne lui aurait été livré qu'après la célébration du mariage.[1]

**436.** — Pour que l'immeuble soit propre à l'un des époux, il suffit que la cause en vertu de laquelle il en devient propriétaire soit antérieure au mariage, lors même que l'événement qui a rendu la propriété de l'époux définitive serait postérieur au mariage.

C'est ainsi qu'il faudra considérer comme propre l'immeuble acheté par l'un des époux, avant le mariage, sous condition suspensive : la condition venant à se réaliser pendant le mariage, l'immeuble est réputé, par l'effet rétroactif de la condition, avoir appartenu à l'époux dès le jour de l'acte.[2]

C'est ainsi encore que l'immeuble qui rentrera, pendant le mariage, dans le patrimoine de l'un des époux par l'effet d'une action immobilière en nullité, en rescision ou en révocation d'un acte de propriété par lui consenti avant le mariage, restera propre à l'époux qui a exercé cette action.[3]

Dans ces divers cas, l'aliénation sera parfois rescindée en vertu d'une cause contemporaine du contrat, et on pourra dire, comme nous le disions tout à l'heure pour l'immeuble acquis sous condition suspensive, que l'immeuble qui rentre dans le patrimoine de l'époux est réputé n'en être jamais sorti : c'est ce qui arrivera, par exemple,

[1] Metz, 28 novembre 1817, Sirey, C. N., V, II, 332; Rodière et Pont, I, n° 518; Laurent XXI, n° 291.

[2] Laurent, XXI, n° 290.

[3] Pothier, *Traité de la communauté*, n°s 157, et 186-188; Duranton, XIV, n° 172; Troplong, I, n°s 497 et suiv.; Rodière et Pont, I, n° 528; Aubry et Rau, V, 507, texte et note 48, p. 296; Colmet de Santerre, VI, n° 25 *bis* II; Laurent, XXI, n° 294.

Digitized by Google

si une aliénation est annulée par suite du défaut de consentement, c'est-à-dire d'un vice contemporain du contrat, *ex causa primœva et antiqua.*

Parfois au contraire l'aliénation sera résolue *ex causa nova*, comme si une donation était résolue au profit de l'époux par suite de l'ingratitude du donataire. Dans ce cas, on ne peut plus dire que l'époux n'a jamais cessé d'être propriétaire de l'immeuble qu'il avait donné, mais Pothier donne le vrai motif pour lequel l'immeuble sera néanmoins un propre :

« Le jugement, dit-il, qui a déclaré la donation révo-
« quée pour cause d'ingratitude n'est pas un nouveau titre
« d'acquisition ; il ne renferme qu'une résolution de la do-
« nation et de l'aliénation. Le conjoint n'en redevenant
« donc pas propriétaire en vertu d'aucun nouveau titre
« d'acquisition, il ne peut le redevenir qu'au même titre
« auquel il l'était lors de l'aliénation qu'il en a faite ».[1]

**437.** — Faut-il appliquer la solution que nous venons d'indiquer à l'immeuble qui rentre dans le patrimoine de l'un des époux par suite de l'action en résolution faute de paiement du prix ?

Quelques auteurs ne l'ont pas pensé, par le motif que l'action en résolution n'est, disent-ils, qu'un moyen de faire valoir la créance résultant du contrat de vente, créance qui était entrée dans la communauté : dès lors l'action même réelle immobilière, qui garantit cette créance, ne peut être exercée qu'au nom et dans l'intérêt de la communauté, et l'immeuble qui est repris faute de paiement doit entrer dans la communauté.[2]

Nous croyons qu'il faut persister dans le principe que nous venons de poser, et décider que l'immeuble restera propre à l'époux vendeur. La raison donnée par Pothier, qui professait cette opinion, est toujours vraie : « Le con-

[1] *Traité de la communauté*, n° 188.

[2] Duranton, XIV, n° 173; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 48, p. 296-297.

Digitized by Google

« joint, disait-il, qui rentre durant le mariage dans l'héri-
« tage qu'il avait vendu, n'en redevenant pas propriétaire
« en vertu d'un nouveau titre d'acquisition, il ne peut le
« redevenir qu'au même titre auquel il l'était lorsqu'il l'a
« vendu ».[1]

On objecte que l'action en résolution n'est qu'un moyen de faire valoir la créance du prix, laquelle est entrée en communauté : nous répondrons que l'époux avait, en sa qualité de vendeur non payé, deux droits de nature différente au moment de son mariage. Il était créancier du prix, mais il était aussi investi d'une action en résolution faute de paiement, action réelle immobilière qui n'est point entrée en communauté. Du moment où il exerce cette action, l'émolument qu'elle procure, c'est-à-dire l'immeuble auquel elle tend, ne peut entrer en communauté.[2]

**438.** — Si l'un des époux avait, avant le mariage, acheté un immeuble en vertu d'un titre annulable, et que ce titre soit ratifié pendant le mariage, l'immeuble restera propre à l'époux : en effet, la ratification rétroagit au jour du contrat dont elle fait disparaître les vices. Ce n'est pas en vertu d'un titre nouveau, né pendant le mariage, que l'époux est réputé propriétaire : c'est en vertu de l'acte ancien, que la ratification n'a fait que confirmer.[3]

Par application de ce principe, l'immeuble vendu par un mineur ou par une femme mariée, qui ratifient pendant le mariage de l'acquéreur la vente par eux consentie, sera propre à celui-ci. Il en sera de même de l'immeuble vendu à un prix inférieur de plus des sept douzièmes à sa vérita-

[1] *Traité de la communauté*, n° 189.

[2] Troplong, I, n° 518; Tessier, *De la Société d'acquêts*, n°s 38 et 42; Laurent, XXI, n° 295.

[3] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 160; Duranton, XIV, n°s 181-182; Troplong, I, n°s 511-515; Rodière et Pont, I, n° 520; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 50, p. 297-298; Laurent, XXI, n° 296.

Digitized by Google

ble valeur, si le vendeur intente pendant le mariage une action en rescision pour lésion, et que l'époux acquéreur arrête cette action en payant un supplément de prix, l'immeuble sera propre, sauf récompense à la communauté pour le supplément de prix qu'elle a payé.

**439.** — Le principe que nous venons d'exposer conduit à cette autre conséquence que si, pendant le mariage, l'un des époux obtient par transaction, et même à prix d'argent, la reconnaissance de son droit de propriété sur un immeuble qui lui appartenait, cet immeuble sera un propre, sauf récompense.

Il n'en serait différemment que si la prétendue transaction était en réalité une vente nouvelle, ayant un caractère translatif de propriété, une reconnaissance des droits de l'adversaire, lequel aurait consenti à laisser l'immeuble à l'époux moyennant qu'il lui en payât le prix. Dans ce dernier cas, il y a réellement acquisition de l'immeuble à titre onéreux pendant le mariage, et dès lors cet immeuble est un conquêt.[1]

**440.** — Une distinction devrait être faite aussi, dans le cas où l'époux aurait acheté, avant son mariage, un immeuble d'un autre que du vrai propriétaire, et où, pendant le mariage, celui-ci aurait ratifié la vente.

En effet, si l'acquéreur a traité avec un tiers qui s'est porté fort du vrai propriétaire, et que ce dernier ratifie la convention faite par le tiers, cette ratification remonte à l'acte originaire qu'elle complète : le vrai propriétaire ne fait que consentir à l'exécution de la vente antérieure, et l'immeuble sera un propre.

Mais si le tiers avait vendu en son propre nom un immeuble qui ne lui appartenait pas, et que, pendant le mariage, le vrai propriétaire venant à revendiquer son immeuble, l'époux arrête l'action en revendication en traitant

[1] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 117; Rodière et Pont, I, n° 523; Laurent, XXI, n° 297.

Digitized by Google

avec le propriétaire, il n'y a pas de ratification, mais une vente nouvelle, et l'immeuble sera un conquêt.[1]

**441.** — Les immeubles donnés par contrat de mariage à l'un des époux resteront propres à cet époux, par application du principe de l'article 1402 : cet époux a, en effet, la propriété de ces immeubles antérieurement au mariage.

Si les immeubles sont donnés aux deux époux par leur contrat de mariage, ils seront propres aux deux époux, à chacun pour moitié. Le résultat de la donation conjointe a été d'approprier chacun des époux de la moitié des biens donnés, sous la condition que le mariage serait ensuite célébré.[2]

**442.** — Si la donation faite par contrat de mariage aux deux futurs époux émane d'une personne dont l'un des époux est héritier présomptif, une opinion très accréditée, dans le droit ancien et dans le droit nouveau, enseigne que l'immeuble n'est pas propre aux deux époux, mais bien à celui qui était l'héritier présomptif du donateur.

« Le donateur, disait Pothier, est facilement présumé « n'avoir entendu faire sa donation qu'à lui, et ne s'être « servi de ces termes, *aux futurs époux*, que par rapport « à la jouissance de l'héritage, qui devait être commun aux « futurs pendant leur communauté : c'est pourquoi l'héri- « tage lui sera, pour le total, propre de communauté. »[3]

Bien plus, cette opinion enseigne que si la donation est faite au futur époux, alors que c'est la future épouse qui était héritière présomptive, elle sera censée faite à celle-ci, le mari n'ayant été indiqué qu'en sa qualité de mari, pour recevoir ce qui était en réalité donné à sa femme.[4]

[1] Pothier, *Traité de la communauté*, nos 162-163; Troplong, I, no 516; Rodière et Pont, I, no 522; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 50, p. 298; Laurent, XXI, p. 297.

[2] Pothier, *Traité de la communauté*, nos 159 et 169; Aubry et Rau, V, § 507, texte, p. 296; Laurent, XXI, no 299.

[3] *Traité de la communauté*, no 170.

[4] Troplong, I, nos 600-603; Rodière et Pont, I, nos 519 et suiv.; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 48, p. 296-297.

Digitized by Google

M. Laurent attaque vivement cette double solution,[1] et nous croyons que c'est avec raison. Nous supposons, bien entendu, qu'il n'y a rien dans la donation qui permette de conclure que la donation est faite seulement à l'héritier présomptif : elle est purement et simplement faite aux deux époux, ou, si c'est la femme qui est héritière, au mari. Dans cette situation, nous ne voyons pas de motif suffisant pour déroger au droit commun : si la donation est faite aux deux époux, elle doit appartenir à chacun pour moitié ; si elle est faite au mari, elle doit appartenir au mari.

On objecte qu'il est présumable que le donateur a entendu avantager son héritier présomptif seul : nous répondrons qu'il peut très bien se faire qu'il ait entendu avantager les deux époux, ou même l'autre conjoint, et que la meilleure manière de suivre les intentions du donateur, c'est de se conformer à la lettre même de la donation. Le donateur a écrit dans l'acte qu'il donnait aux deux époux, il nous paraît impossible de dire, sous prétexte de volonté présumée, qu'il n'a donné qu'à l'un d'eux ; il a dit qu'il donnait au mari, il nous semble encore plus difficile de décider qu'il a voulu donner à la femme.

Aussi concluons-nous, avec M. Laurent, que les immeubles donnés par contrat de mariage seront propres à l'époux ou aux époux donataires, sans que l'on ait à examiner si l'un d'eux était héritier présomptif du donateur.

**443.** — L'article 1402 déclare encore propre à l'époux les immeubles dont il avait la « *possession légale* » avant le mariage. Cette possession légale, c'est celle qui peut conduire à la prescription acquisitive : le législateur déclare que l'immeuble ainsi possédé sera propre à l'époux, car il l'acquiert en réalité en vertu d'une cause antérieure au mariage.

« Ma possession, dit Pothier, qui est la cause de l'acqui-
« sition que j'ai faite de l'héritage, ayant commencé avant

[1] XXI, n° 300.

Digitized by Google

mon mariage, la cause d'acquisition a précédé le temps « de la communauté, et par conséquent l'héritage est, « suivant notre règle, un propre de communauté. »[1]

La prescription accomplie pendant le mariage ne fait donc que confirmer le titre qu'avait l'époux, et l'immeuble ainsi acquis sera propre.[2] La solution sera la même si la prescription, qui a commencé avant le mariage, n'était accomplie qu'après sa dissolution : même dans cette hypothèse, la cause pour laquelle l'époux devient propriétaire est antérieure au mariage, et l'immeuble doit lui rester propre.[3]

**444.** — La question de preuve de la possession légale, prétendue par l'époux avant le mariage, sera examinée par nous au § III, *Comment se prouve la nature de propres ou d'acquêts des immeubles*. Nous ferons remarquer, dès à présent, que la loi présume que les immeubles sont la propriété de la communauté, et qu'elle met ainsi la preuve à la charge de l'époux qui se prétend propriétaire : « Tout immeuble, « dit l'article 1402, est réputé acquêt de communauté, s'il « n'est prouvé, etc... »

La solution contraire avait été admise dans le droit normand. L'article 102 des placités du Parlement de Normandie s'exprimait ainsi : « Tous biens sont réputés propres, « s'il n'est justifié qu'ils sont acquêts. » De son côté, Basnage a écrit ce qui suit : « C'est une règle certaine parmi « nous que tous biens sont réputés propres, et que l'héri- « tier aux acquêts doit justifier sa prétention. »[4] Basnage en donne, croyons-nous, le vrai motif, « l'inclination géné- « rale de la coutume pour conserver et pour accroître les « propres. »

[1] *Traité de la communauté*, n° 157.

[2] Rodière et Pont, I, n°s 524-527 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 51, p. 298 ; Laurent, XXI, n° 292.

[3] Rodière et Pont, I, n° 529 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 62, p. 298 ; Laurent XXI, n° 292.

[4] Tome I, p. 310, édition de 1778.

Digitized by Google

Mais cette décision était spéciale au droit normand, et la plupart des pays coutumiers avaient adopté la présomption qui a été adoptée ensuite par l'article 1402, et que Loisel formulait ainsi : « Tous biens sont réputés acquêts, s'il « n'appert du contraire. »[1]

**445.** — Les époux conservent comme propres non seulement les immeubles dont ils avaient la propriété ou la possession au moment du mariage, mais encore tous les accessoires immobiliers qui viennent s'incorporer à l'immeuble propre.

Pothier donne, dans des termes excellents, la formule de cette règle et le motif sur lequel elle repose :

« Ce qui est uni, dit-il, par une union réelle à un héri- « tage en suit la nature. C'est pourquoi ce qui est uni, « quoique pendant le mariage, par une union réelle à un « héritage propre de communauté, est propre comme l'hé- « ritage auquel il est uni.

« La raison est que ce qui est uni par une union réelle « à un héritage, ne faisant qu'un seul et même corps, « qu'une seule et même chose avec l'héritage auquel il est « uni, il ne peut avoir d'autre qualité que celle qu'a l'héri- « tage auquel il est uni ; n'étant pas quelque chose de dis- « tingué réellement de cet héritage, il ne peut avoir au- « cune qualité qui lui soit propre, et qui soit distinguée « de celle de l'héritage auquel il est uni. C'est le cas de la « maxime, *Accessorium sequitur naturam rei princi-* « *palis* »[2]

**446.** — Pothier nous fournit ensuite plusieurs applications de ce principe, applications dont nous allons reconnaître l'exactitude sous notre droit nouveau.

En premier lieu, les constructions, qui ont été édifiées sur le sol d'un immeuble propre à l'un des époux, sont propres comme l'immeuble dont elles font désormais partie intégrante. C'est ce qui résulte d'ailleurs de l'article 1437,

[1] *Institutes coutumières*, Livre II, Titre I, Règle XIV.
[2] *Traité de la communauté*, n° 192.

Digitized by Google

qui accorde seulement à la communauté une récompense toutes les fois qu'il a été pris une somme pour l'amélioration des biens personnels de l'un des époux.[1]

En second lieu, l'alluvion qui s'est formée le long d'un héritage de l'un des époux devient propre, comme l'héritage auquel elle s'incorpore.[2] Cette solution, que Pothier donnait pour l'alluvion, doit être étendue aux autres accroissements immobiliers survenus au propre de l'un des conjoints, les relais que forme l'eau courante en se retirant d'une rive pour se porter sur l'autre (article 557), la portion de terre considérable et reconnaissable apportée sur une rive par un fleuve ou une rivière (article 559), les îles ou îlots formés dans les rivières qui ne sont ni navigables ni flottables (articles 560 et 561), etc...[3]

**447.** — Il ne faudrait pas considérer comme propre ce qui ne serait pas « uni réellement » à l'immeuble propre, mais qui, suivant l'expression de Pothier, n'y serait rattaché que par une « union civile. » Ainsi l'achat pendant le mariage d'une pièce de terre voisine du propre de l'un des époux, la location de cette pièce de terre avec l'immeuble propre de l'époux, la réunion matérielle des deux immeubles par la destruction des deux clôtures et l'établissement d'une clôture unique réunissant les deux pièces en une, toutes ces circonstances n'empêcheraient l'immeuble acheté d'être un conquêt. En effet, cet immeuble n'a pas perdu son individualité pour s'absorber dans l'immeuble propre, à la différence des matériaux composant la construction ou des terres qui forment l'alluvion.[4]

[1] Tribunal de la Seine, 6 juin 1855, Sirey, 58, I, 423, et Dalloz, 55, III, 71; Cassation, 18 mars 1856, Sirey, 58, I, 423, et Dalloz, 56, I, 129. — Pothier, *Traite de la communauté,* n° 192; Laurent, XXI, n° 303.

[2] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 192; Rodière et Pont, I, n° 568; Laurent, XXI, n° 302.

[3] Rodière et Pont, I, n°s 569-572.

[4] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 194; Rodière et Pont, I, n° 544; Laurent, XXI, n° 304.

Digitized by Google

Il faudrait adopter la même solution si, pendant la communauté, les époux achetaient la maison contiguë à la maison propre de l'un d'eux, et réunissaient les deux maisons en une pour comprendre l'immeuble entier dans la même location. Il n'y a encore là, comme le dit très bien Pothier, qu'une « union de destination, » et la maison nouvelle sera un conquêt.[1]

**448.** — *b. — Immeubles acquis pendant le mariage à titre gratuit.* — Les immeubles acquis pendant le mariage à l'un des conjoints soit par succession, soit par donation, n'entrent pas en communauté, aux termes des articles 1404 et 1402.

En ce qui concerne les immeubles qui proviennent à l'un des époux d'une succession qu'il recueille pendant le mariage, la règle de l'article 1404 n'est que la reproduction de l'ancienne règle coutumière. Nous avons dit déjà que, dans notre ancien droit, tout propre de succession était propre de communauté :[2] or tout immeuble recueilli à titre héréditaire constituait au premier chef un propre de succession, et par suite un propre de communauté.

**449.** — Si la succession recueillie est purement immobilière, il n'y a aucune difficulté, et elle sera propre pour la totalité.

Si la succession est en partie mobilière, en partie immobilière, dans la théorie que nous avons adoptée, les immeubles recueillis par l'époux sont propres, fussent-ils supérieurs à sa part héréditaire dans le patrimoine immobilier : nous avons pensé en effet que l'époux étant, d'après l'article 883, réputé avoir succédé seul et immédiatement aux effets compris dans son lot, on n'avait pas à tenir compte de ses droits héréditaires, mais seulement de l'événement du partage.[3]

[1] Pothier, *Op. et loc. citat.*
[2] *Suprà*, Tome I, n° 353.
[3] *Suprà*, Tome I, n°s 376 et 393.



Digitized by Google

**450.** — La part immobilière qui accroît à l'héritier, par suite de la renonciation de l'un ou de plusieurs de ses cohéritiers, constitue un propre : elle est en effet recueillie à titre de succession, en vertu de la vocation héréditaire de l'époux, puisqu'aux termes de l'article 785 l'héritier renonçant est censé n'avoir jamais été héritier, et que par suite l'époux est censé avoir toujours eu droit aux immeubles qu'il recueille définitivement.[1]

**451.** — Les immeubles dévolus à titre de retour légal, par application de l'article 747, doivent être assimilés aux immeubles recueillis dans la succession régulière, et constituer comme eux des propres : le retour légal est en effet une espèce de succession, comme le prouvent à la fois les termes de l'article 747, « les ascendants *succèdent*, » et la place qu'occupe l'article 747 au titre I du Livre III, *des Successions*.[2] Les immeubles recueillis à ce titre sont donc véritablement des immeubles de succession.

Cette solution devrait être adoptée, même si les immeubles donnés à l'enfant constituaient, au moment de la donation, des conquêts de communauté, donnés par le père et la mère pour doter un enfant commun : l'enfant donataire venant à mourir sans postérité, les immeubles ainsi donnés feront retour aux donateurs et seront propres à chacun pour moitié, car on n'a pas à s'inquiéter de leur origine, mais seulement du titre en vertu duquel les époux les reçoivent dans la succession de l'enfant donataire.[3]

Il faut d'ailleurs assimiler au droit de retour de l'ascendant donateur le droit de retour créé au profit de l'adoptant, dans la succession de l'adopté, par l'article 351.[4]

**452.** — Les immeubles qui proviennent à l'un des époux par l'effet du retrait successoral de l'article 841 doi-

[1] Laurent, XXI, n° 306.
[2] Demolombe, XIII, n° 480.
[3] Troplong, I, n°s 587 et suiv.; Rodière et Pont, I, n° 578 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 55, p. 299 ; Laurent, XXI, n° 308.
[4] Rodière et Pont, n° 579.

Digitized by Google

vent-ils être assimilés à des immeubles de succession, et comme tels réputés propres ?

Une opinion soutient la négative. Ce qui caractérise le titre de succession, c'est qu'il est essentiellement gratuit : le retrait successoral, au contraire, ne s'exerce qu'à prix d'argent, et il en résulte que l'immeuble acquis à ce titre est acquis à titre onéreux, de telle sorte qu'il doit être un conquêt. Il est bien vrai que l'héritier seul peut exercer le retrait successoral, mais comme il ne l'exerce que moyennant paiement, il fait une acquisition qui doit être soumise à la règle générale des acquisitions à titre onéreux faites par un époux commun en biens.[1]

L'affirmative nous semble préférable, et nous croyons que l'époux doit conserver comme propre l'immeuble retrayé. Le retrait successoral ne peut être exercé que par un héritier, et nous ajoutons qu'il ne peut être exercé qu'au profit des héritiers. C'est un moyen donné aux héritiers d'écarter les étrangers des successions : ce ne serait pas arriver à ce résultat que de substituer la communauté à l'étranger acquéreur de la part héréditaire. On peut donc considérer le retrait successoral comme un avantage attaché à la qualité d'héritier, et l'émolument produit par l'exercice de ce droit doit accroître à la part de l'héritier. Enfin l'article 1408 conduit encore à cette solution, car, au moyen du retrait, l'héritier retrayant se rend acquéreur de la part indivise du retrayé dans les immeubles héréditaires, et de telles acquisitions sont déclarées propres par l'article 1408.[2]

**453.** — Le Code civil place sur la même ligne que les immeubles provenant à l'un des époux de succession les immeubles lui provenant de donations ou de legs recueillis pendant le mariage : les uns comme les autres lui sont propres, ainsi que nous l'avons déjà dit.[3]

[1] Laurent, XXI, n° 309.

[2] Troplong, I, n° 586; Rodière et Pont, I, n° 577; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 56, p. 299.

[3] *Suprà*, Tome I, n° 424.

Digitized by Google

C'est là, comme nous l'avons dit, une solution nouvelle : dans notre ancien droit, les immeubles provenant de donations ou de legs étaient des acquêts. Il n'y a si bel acquêt que de don, disaient nos anciens auteurs. Il n'y avait d'exception que pour les immeubles donnés par le père, la mère, ou un autre ascendant ; ils étaient réputés donnés *en avancement d'hoirie*, et par suite devenaient propres comme si le descendant les avait recueillis après l'ouverture de la succession.[1]

Cette solution nouvelle est critiquée par M. Laurent,[2] mais nous croyons, avec M. Colmet de Santerre,[3] qu'elle est mieux en harmonie avec la décision relative aux successions que la règle de l'ancien droit. En effet, les deux titres, succession d'un côté, donation ou legs de l'autre, sont des titres gratuits, et les immeubles provenus de ces deux causes doivent être placés sur la même ligne. D'ailleurs, si l'on recherche l'intention du disposant, nous avons fait remarquer qu'il n'est pas présumable qu'en donnant ou léguant à l'un des époux il ait voulu donner ou léguer à la communauté.[4]

La solution que nous examinons doit être étendue aux donations déguisées, aussi bien qu'aux donations apparentes : l'immeuble vendu en apparence, en réalité donné à l'un des époux, sera propre à cet époux, à la charge par lui de restituer à l'acte son véritable caractère de libéralité. Les actes en effet doivent être appréciés non d'après leur forme, mais d'après la nature exacte de la convention qu'ils renferment, et abstraction faite du déguisement dont il a plu aux parties de s'entourer.[5]

**454.** — L'immeuble sera encore un propre, et non un

[1] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 136.
[2] XXI, n° 310.
[3] VI, n° 33 *bis* II.
[4] *Suprà*, Tome I, n° 424.
[5] Rodière et Pont, I, n° 592 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 58, p. 299-300.

Digitized by Google

conquêt, si l'acte par lequel l'époux en est approprié est une donation avec charges, sauf récompense à la communauté pour le montant des charges : du moment où le caractère de libéralité domine dans l'acte, cet acte doit être traité comme une donation, malgré les charges qui diminuent l'avantage résultant de la donation.[1]

Il n'en serait différemment, ainsi que nous l'avons dit, que si les charges dépassant l'avantage, l'acte était en réalité un acte à titre onéreux qualifié donation.

**455.** — Observons enfin que, du moins dans le système que nous avons adopté, car la question est très discutée, l'immeuble donné non plus à un seul des époux, mais aux deux époux, n'est pas un conquêt, mais qu'il est propre à chacun pour moitié.[2]

**456.** — *c. — Immeubles acquis pendant le mariage par suite de cession faite par les père, mère ou autre ascendant.* — La règle que nous allons étudier, et d'après laquelle les immeubles cédés à l'un des époux par ses père, mère ou autre ascendant, sont propres, nous vient du droit coutumier.

Voici quelle en était l'origine : nous avons dit que, par exception au principe qui faisait entrer en communauté les immeubles donnés, les immeubles donnés par un père ou autre ascendant étaient propres, car nos anciens auteurs y voyaient un titre de succession, *un avancement d'hoirie.*

Or, si les immeubles abandonnés par le père ne l'étaient qu'à la charge de payer des dettes, on considérait encore que c'était là un avancement d'hoirie, et que l'enfant ne payait ces dettes que comme il l'eût fait plus tard, s'il avait recueilli la succession de l'ascendant.

C'était une dérogation aux principes ordinaires sur la

[1] Rodière et Pont, I, n° 392; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 57, p. 299; Laurent, XXI, n° 314.

[2] *Suprà,* Tome I, n° 426.

Digitized by Google

distinction des propres et des acquêts ; en effet, cette cession, n'étant faite qu'à la charge de payer les dettes de l'ascendant, constitue en réalité une acquisition à titre onéreux, et l'immeuble eût dû être un conquêt. Mais l'origine de ce bien l'emportait sur le caractère de la cession :

« Les *accommodements de famille*, dit Pothier, par les-
« quels quelque héritage passe du père au fils, étant regar-
« dés par la jurisprudence comme des avancements de
« succession, ces héritages que le fils a eu par quelque
« accommodement de famille, étant par conséquent des
« propres de succession, ils sont pareillement des propres
« de communauté, quoique l'accommodement ait été fait
« durant la communauté. »[1]

**457.** — L'article 1406, qui reproduit cette règle de l'ancien droit, prévoit, comme le faisaient nos anciens auteurs, deux hypothèses : la cession peut être faite soit à la charge de payer les dettes de l'ascendant vis-à-vis des tiers, soit pour remplir le descendant de ce que le cédant lui doit. Dans les deux cas la cession présente le même caractère : c'est un « accommodement de famille, » et l'immeuble cédé sera un propre.

Mais il faut, pour que l'immeuble soit propre, malgré le caractère onéreux de la cession, qu'il soit abandonné à l'une ou l'autre de ces deux conditions, paiement des dettes de l'ascendant ou dation en paiement à l'époux créancier. Si au contraire un ascendant cédait un de ses immeubles à l'un des époux moyennant un prix en argent, ou moyennant une rente viagère, cet acte serait une vente, et non un accommodement de famille; et, l'article 1406 n'étant plus applicable, l'immeuble serait soumis à la règle ordinaire des immeubles acquis à titre onéreux et deviendrait un acquêt.[2]

[1] *Traité de la communauté*, n° 139.

[2] Caen, 1er août 1844, *Recueil de Caen*, 1844, p. 476. — Troplong, I, n° 628; Rodière et Pont, I, n° 587; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 60, p. 300; Laurent, XXI, n° 320. — *Contrà*, Colmar, 20 janvier 1831, Sirey, 32, II, 355.

Digitized by Google

**458.** — Si l'immeuble était abandonné par l'ascendant en paiement de la dot promise à l'époux, cet immeuble serait propre à l'époux : nous sommes en effet dans le texte de l'article 1406, puisque l'abandon est fait pour payer une dette de l'ascendant envers l'époux, la constitution de dot étant une dette comme une autre ; nous sommes aussi dans l'esprit de ce texte, car, dans cet accommodement de famille, l'époux reçoit ce qu'il aurait reçu dans la succession de l'ascendant, lorsqu'elle se serait ouverte. Ajoutons qu'il le reçoit aux conditions où il l'aurait recueilli dans cette succession, à la différence de l'hypothèse précédente, où l'époux est obligé de payer un prix ou d'acquitter une rente.[1]

**459.** — Il faut, pour que l'article 1406 soit applicable, que la cession soit faite par un ascendant : si elle était faite par un collatéral, elle changerait de caractère, et l'immeuble cédé deviendrait acquêt. C'est ce qui résulte d'abord du texte de l'article 1406 : « l'immeuble cédé *par père, « mère, ou autre ascendant...* » ; puis de la tradition qui a inspiré ce texte, car ce n'est qu'à propos des ascendants et à raison des droits qui appartenaient sur leur succession aux descendants que l'on avait admis que les immeubles par eux cédés étaient propres.[2]

**460.** — L'immeuble cédé par l'ascendant est propre, lors même que le descendant auquel la cession est faite ne serait pas l'héritier présomptif du cédant. C'était la solution admise par notre ancien droit, et comme l'article 1406 n'a d'autre but que de reproduire la tradition coutumière, cette solution doit encore être admise aujourd'hui.[3]

Voici d'ailleurs comment Pothier la motivait : « Les biens « de l'aïeul devant, selon l'ordre de la loi de la nature,

[1] Cassation, 3 juillet 1844, Sirey, 44, I, 673. — Pothier, *Traité de la communauté*, n° 136 ; Laurent, XXI, n° 321.

[2] Rodière et Pont, I, n° 586 ; Laurent, XXI, n° 317.

[3] Colmet de Santerre, VI, n° 34 *bis* VI ; Laurent, XXI, n° 318.

Digitized by Google

« parvenir un jour au petit-fils, sinon directement, au « moins par le canal de son père, l'aïeul, en les lui donnant, « ne fait qu'anticiper le temps auquel ils doivent lui par- « venir, et sauter par dessus le canal par lequel il devait « les lui transmettre ; c'est pourquoi ce don peut être con- « sidéré comme un avancement de sa succession. »[1]

**461.** — Peu importe quel est le montant des charges qui grèvent l'immeuble cédé par l'ascendant : cet immeuble sera propre, quelle que soit l'étendue de ces charges. Nous avons dit en effet qu'en elle-même cette cession constituait un acte à titre onéreux, et que si l'immeuble était déclaré propre, cela tenait à des motifs étrangers au caractère de l'acte. L'immeuble sera donc propre, lors même que les charges atteindraient ou dépasseraient la valeur de l'immeuble cédé.[2]

L'article 1406 ajoute d'ailleurs que l'époux ne prendra cet immeuble comme propre que sauf récompense à la communauté, pour le montant des charges qu'elle devra acquitter : ce n'est là qu'une application du principe général des récompenses, que nous étudierons avec l'article 1437.

[1] *Introduct. générale aux coutumes*, n° 67.
[2] Rodière et Pont, I, n°s 581-582 ; Laurent, XXI, n° 320.

FIN DU PREMIER VOLUME.

Digitized by Google

# TABLE

## PAR ORDRE DE MATIÈRES

### INTRODUCTION


Nos — Pages

1. — Définition et importance du contrat de mariage..... 7
2. — Idées principales qui ont, suivant les temps ou le pays, déterminé les règles des régimes matrimoniaux..... 8
3. — Nécessité, dans l'étude du contrat de mariage, d'esquisser son histoire et d'examiner son organisation dans les législations étrangères..... 9
4. — Division de l'Introduction..... 10


### SECTION I

*Du contrat de mariage avant le Code civil.*


5. — Division de la section..... 11


§ I. — *Droit romain.*


6. — Dans le mariage avec *Manus*, tout le patrimoine de la famille appartient au mari..... 11
7. — Exposé et réfutation de la théorie qui voit, dans le mariage avec *Manus*, une institution analogue à la communauté universelle..... 12
8. — Régime de la dot : ses caractères principaux. De l'époque à laquelle est née l'obligation de restituer la dot.. 14
9. — But et étendue de l'obligation de restitution de la dot. 16
10. — Inaliénabilité de la dot..... 17
11. — Modifications apportées par Justinien à la règle de l'inaliénabilité dotale..... 18
12. — Droits de jouissance du mari sur la dot, et règles de la constitution de dot..... 18


Digitized by Google

13. — Restitution de la dot lorsqu'elle est mise en péril par le mauvais état des affaires du mari..... ..... 19
14. — Des biens paraphernaux ou extra-dotaux..... 20

§ II. — *Ancien droit germanique.*

15. — Effets de la tutelle, ou *Mundium*, du mari sur la fortune de la femme..... ..... 20
16. — Droit accordé à la femme de se faire restituer tout ou partie de ses biens, si le mari devient insolvable... .... 21
17. — Droit de la femme au tiers ou à la moitié des acquêts à la dissolution du mariage : ce droit est-il un droit de communauté véritable ? Controverse, et adoption de l'affirmative... ..... ..... 21
18. — L'organisation de la famille Germaine rend très vraisemblable l'existence d'une communauté de biens entre époux..... ..... ..... 24
19. — Influence de l'Eglise sur la formation de la communauté de biens..... .... 26

§ III. — *Ancien droit français.*

20. — Tutelle ou *Mainbournie* du mari, et ses effets quant aux propres de la femme..... 27
21. — Droit de la femme à la communauté des acquêts.... 28
22. — Influence de l'esprit d'association qui régnait au moyen-âge sur le développement de la communauté. Triple source de la communauté..... . 29
23. — Caractères spéciaux du régime matrimonial de la coutume de Normandie. ..... 31
24. — Origine de l'inaliénabilité de la dot en Normandie... 32
25. — Causes pour lesquelles la coutume de Normandie défendait la communauté de biens, sauf pour les acquêts en bourgage..... ..... 33
26. — Composition de la communauté coutumière ..... 34
27. — Pouvoirs du mari comme chef de la communauté.... 35
28. — Pouvoirs du mari comme administrateur des propres de la femme.... . ..... 36
29. — Dissolution et partage de la communauté. Droit de renonciation de la femme..... ..... 36
30. — Modifications conventionnelles à la communauté coutumière..... ..... 37
31. — Régime dotal des pays de droit écrit..... 38

Digitized by Google

## SECTION II

*De la discussion du titre du contrat de mariage, lors de la rédaction du Code.*

32. — Premier et second projets de Cambacérès. L'administration de la communauté appartient aux deux époux... 41
33. — Troisième projet de Cambacérès..... 41
34. — Projet Jacqueminot..... 42
35. — Projet de la commission du gouvernement ..... 42
36. — Observations des tribunaux de Grenoble et de Rouen 43
37. — Critiques du tribunal de Montpellier..... 44
38. — Discussion au conseil d'Etat. Rétablissement du régime dotal..... 44

## SECTION III

*Du contrat de mariage dans les législations étrangères.*

39. — Division de la section..... 47

### § I. — *Droit germanique.*

40. — Des trois régimes principaux adoptés dans les pays d'origine germanique..... 47
41. — I. *Régime de l'union de biens.* — Caractères généraux de ce régime..... 48
42. — Droits de la femme sous ce régime. ..... 48
43. — Droits de jouissance et de disposition de la femme sur le *Spargut* et le *vorbehaltenes Frauengut*... ..... 49
44. — II. *Régime de la communauté.* — Communauté universelle, particulière, et communauté d'acquêts..... 49
45. — Composition de la communauté universelle..... 50
46. — Administration du mari. Droits de la femme..... 50
47. — Communauté des meubles ..... 51
48. — Communauté d'acquêts ..... 51
49. — III. *Régime dotal et de l'usufruit marital.* — Règles générales de ces deux régimes..... 52

### § II. — *Droit russe.*

50. — Régime légal de la séparation de biens. Communauté de fait. Indépendance de la femme..... 53

Digitized by Google

51. — Régime polonais analogue au régime exclusif de communauté ..... 53
52. — Régimes des provinces Baltiques ..... 54

§ III. — *Droit italien.*

53. — Régime dotal et communauté d'acquêts. Défense de stipuler une communauté plus étendue que la communauté d'acquêts ..... 55
54. — Organisation du régime dotal ..... 55
55. — Etat des époux qui se sont mariés sans contrat ..... 56
56. — Critique de ce système, quant à la situation des époux qui n'ont pas fait de contrat ..... 56
57. — Critique du droit accordé aux créanciers de poursuivre la dot après la dissolution du mariage ..... 56
58. — Critique de l'interdiction de toute communauté plus étendue que la communauté d'acquêts ..... 57

§ IV. — *Droit espagnol.*

59. — Régime dotal et régime de société d'acquêts ..... 57
60. — Caractère du régime dotal espagnol ..... 58
61. — Aliénabilité de la dot ..... 58
62. — Organisation de la communauté légale ..... 58

§ V. — *Droit anglais.*

63. — Modifications importantes apportées à l'ancienne législation anglaise ..... 59
64. — Droits du mari sur les biens de la femme avant 1870, d'après la *common law* ..... 60
65. — Jurisprudence des cours d'équité ..... 60
66. — Acte du 9 août 1870 ..... 61
67. — Acte de 1874 ..... 61
68. — Acte de 1882. Droits qu'il confère à la femme ..... 62
69. — Clause de *restriction against anticipation* ..... 63
70. — Observations critiques à propos de ces innovations ..... 64

§ VI. — *Droit des Etats-Unis.*

71. — Analogies de la législation des Etats-Unis et de la législation actuelle de l'Angleterre ..... 65
72. — Organisation du *homestead* ..... 66

Digitized by Google

## SECTION IV

*Du contrat de mariage au point de vue économique.*

73. — Système de l'indépendance absolue de la femme. Exposé des idées contenues dans *L'avant-projet de révision du Code civil* de M. Laurent..... 67
74. — Analogies entre le système proposé par M. Laurent, et le système du premier projet Cambacérès..... 69
75. — Critique de ces systèmes..... 70
76. — Comparaison du régime dotal et du régime en communauté, et préférences pour la communauté..... 71
77. — Opinion favorable à la liberté, pour les époux, de régler leurs conventions matrimoniales comme bon leur semble, ainsi que le permettent les articles 1387 et 1391. 75
78. — Avantages du régime de la communauté réduite aux acquêts, parmi les régimes en communauté..... 76

## CODE CIVIL

PLAN DU TRAITÉ.

79. — Place donnée au titre du contrat de mariage dans le Code..... 79
80. — Division de ce titre en quatre parties..... 79

## PREMIÈRE PARTIE

### Dispositions générales.

81. — Définition des termes employés dans la matière du contrat de mariage..... 81
82. — Ce qu'il faut entendre par dot..... 82
83. — Classification des régimes matrimoniaux établis par le Code..... 83
84. — Division de la première partie..... 83

## CHAPITRE PREMIER

DU CHOIX D'UN RÉGIME MATRIMONIAL, ET DES CLAUSES QUI PEUVENT ÊTRE INSÉRÉES DANS LE CONTRAT DE MARIAGE.

85. — Liberté pour les époux de faire les conventions matrimoniales qu'ils jugent à propos d'adopter..... 85

Digitized by Google

86. — Clauses permises dans les contrats de mariage, et défendues dans les contrats ordinaires ..... 87
87. — Cette liberté donnée aux futurs époux n'existe que pour les conventions matrimoniales proprement dites, et non pour celles qui seraient étrangères au mariage : exemples ..... 87
87. I. — Du sort des conventions étrangères aux rapports pécuniaires des futurs époux, et insérées dans le contrat de mariage ..... 88
88. — Combinaison des divers régimes entre eux. Les futurs époux peuvent-ils stipuler, sous le régime de la communauté, que les biens de la femme seront inaliénables ? Controverse, et exposé de la négative ..... 90
89. — Exposé et adoption du système qui défend la validité de cette clause..... 91
90. — Si la clause est susceptible de deux sens, la dot ne sera pas inaliénable..... 92
91. — Enumération des restrictions apportées au principe de la liberté des conventions matrimoniales ..... 93

§ I. — *De la condition et du terme dans les conventions matrimoniales.*

92. — De la condition suspensive ou résolutoire. Prohibition d'assigner à la communauté un point de départ autre que le jour du mariage..... 94
93. — Les époux ne pourraient stipuler qu'en cas de séparation de corps, la communauté continuerait entre eux.. 95
94. — Les futurs époux ne peuvent subordonner à une condition potestative l'existence de la communauté qu'ils adoptent..... 95
95. — Effet de l'insertion d'une condition potestative : les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale..... 96
96. — Lorsque la condition est casuelle ou mixte, exposé et adoption du système qui en admet la validité ..... 97
97. — Objections du système qui considère cette clause comme nulle sous tous les régimes ..... 98
98. — Objections du système qui ne la considère comme nulle que sous le régime de la communauté..... 99
99. — Nullité de l'adoption de deux régimes successifs, lorsqu'on a admis le premier pour un temps déterminé..... 100

Digitized by Google

§ II. — *Des clauses contraires aux bonnes mœurs, ou à l'ordre public.*

100. — Prohibition des clauses contraires aux bonnes mœurs : clause portant que les époux vivront séparés de fait..... 100
101. — Clause par laquelle les époux s'interdisent de se faire des libéralités pendant le mariage..... 101
102. — La femme peut-elle s'interdire de s'obliger, même avec l'autorisation de son mari, et spécialement de le cautionner ? Controverse, et exposé de l'opinion qui admet la validité de la clause..... 102
103. — Exposé et adoption du système qui en proclame la nullité..... 103
104. — La clause, par laquelle la femme se déclare incapable de s'obliger, ne vaut-elle pas du moins comme adoption du régime dotal ? Renvoi..... 104
105. — Clause portant révocation des donations en cas de second marige. Validité de cette clause..... 105

§ III. — *Des clauses dérogeant à la puissance maritale ou paternelle, aux droits du mari comme chef, ou aux droits de l'époux survivant.*

106. — Division du sujet..... 106
107. — A. *Dérogations à la puissance maritale.* — Clause permettant à la femme de ne pas accompagner son mari à l'étranger..... 106
108 — Clause dispensant la femme de demander l'autorisation maritale..... 107
109 — Clauses autorisant la femme en vue de certains actes déterminés..... 107
110. — Clauses donnant à la femme l'autorisation de faire le commerce. Le mari peut révoquer cette autorisation au cours du mariage..... 108
111. — La justice peut-elle annuler la révocation que ferait le mari ? Adoption de l'affirmative..... 108
112. — B. — *Dérogations à la puissance paternelle.* — Interdiction de toute dérogation de ce genre..... 109
113. — Nullité de la clause relative à la religion dans laquelle les enfants seront élevés..... 110
114. — Nullité des renonciations au droit d'usufruit légal et au droit d'administration légale..... 111

Digitized by Google

115. — C. — *Dérogations au droit du mari comme chef.* — Sens de ces expressions..... 113
116. — On ne peut stipuler que la femme administrera les biens du mari, ou ceux de la communauté..... 114
117. — Le mari peut-il s'interdire le droit de disposer des biens de la communauté sans le concours de la femme? Adoption de la négative..... 114
117. I. — De la clause par laquelle les futurs époux conviendraient que leurs apports respectifs seront employés à l'achat d'un immeuble qui devra rester indivis pendant le mariage, et qui ne pourra être aliéné que moyennant remploi..... 115
118. — La femme peut-elle, en ameublissant ses immeubles, déclarer que le mari ne pourra les aliéner qu'avec son consentement? Controverse et adoption de l'affirmative. 118
119. — Le contrat de mariage peut réserver à la femme l'administration et la jouissance d'une partie de ses biens..... 120
120. — Sous le régime exclusif de communauté et sous le régime dotal, on peut stipuler que la femme touchera une partie de ses revenus sur ses simples quittances ..... . 120
120. I. — De la clause portant que le mari ne pourra donner à bail ou à ferme les immeubles propres de la femme, sans le consentement de celle-ci..... 121
121. — D. — *Dérogations aux droits de l'époux survivant.* — On ne peut déroger aux droits conférés à l'époux survivant au titre de la Puissance paternelle, et au titre de la Tutelle..... 123

§ IV. — *Des clauses dérogeant à l'ordre légal des successions.*

122. — Clauses dérogeant à l'ordre légal des successions : exemples. Leur fréquence dans l'ancien droit..... 124
123. — Texte incorrect de l'article 1389 : clauses qu'il a pour but de prohiber..... 125
124. — Clauses modifiant l'ordre des successions en ligne collatérale..... 126
125. — Libéralités que peut contenir le contrat de mariage. 126
126. — Attribution de la société d'acquêts au survivant. Les époux peuvent-ils convenir qu'elle appartiendra aux enfants, à l'exclusion de l'époux survivant? Controverse et adoption de la négative..... 127

Digitized by Google

§ V. — *Des clauses se référant à une ancienne coutume, ou à une législation étrangère.*

127. — Motifs pour lesquels on a défendu aux époux de se référer à une ancienne coutume..... 129
128. — Les époux peuvent-ils se référer à un article spécial d'une coutume ? Adoption de la négative..... 130
129. — Ils ne peuvent non plus se référer à une institution coutumière : exemple ..... ..... 131
130. — Il est licite de reproduire dans le contrat de mariage une disposition coutumière spéciale que les parties veulent adopter..... ..... 132
131. — Les époux peuvent se référer à une législation étrangère, du moment où elle n'est contraire ni à un principe d'ordre public, ni à une disposition prohibitive de la loi française..... ..... ..... 133

§ VI. — *Des clauses contraires aux dispositions prohibitives du Code.*

132. — Portée de l'article 1388, d'après les travaux préparatoires, dans la partie où il défend les clauses contraires aux dispositions prohibitives du Code..... 134

## CHAPITRE II

### DE LA DOT.

133. — Définition de la dot. De la dot sous le régime de la communauté et sous le régime dotal..... 137
134. — Y a-t-il une dot sous le régime dotal, lorsque la femme n'a que des paraphernaux, et sous le régime de la séparation de biens ? Adoption de la négative... ..... 138
135. — Acceptions diverses du mot dot..... 138
136. — La constitution de dot est-elle un acte à titre gratuit ou à titre onéreux ? Controverse ..... ..... 139
137. — Division du sujet..... ..... 141

§ I. — *De la constitution de dot.*

138. — Origine historique de la règle « ne dote qui ne veut », consacrée par l'article 204..... ..... 141



Digitized by Google

139. — L'obligation de doter les enfants est toutefois une obligation naturelle des parents..... ..... ..... 143
140. — Conséquence de l'idée que le père et la mère sont obligés naturellement, au point de vue de la forme de l'engagement par eux pris..... 143
141. — Enumération des personnes par lesquelles la dot peut être constituée..... ..... 145
142. — A. — *Dot constituée par les père et mère.* — La dot doit alors être prise sur les biens des constituants, même si l'enfant doté a des biens personnels, à moins de stipulation contraire..... 145
143. — Si la dot a été constituée conjointement par les père et mère, ils la doivent chacun pour moitié. Conséquences. 146
144. — Le paiement de la dot en effets de communauté n'empêche pas la dot d'être due par chacun des époux, sauf clause contraire..... 147
145. — Le fait par les époux de doter ensemble l'enfant commun suffit pour qu'ils soient tenus chacun pour moitié... 148
146. — L'obligation solidaire prise par les époux ne les empêche pas d'être tenus pour moitié, dans leurs rapports l'un vis-à-vis de l'autre..... ..... .. 148
147. — Si la dot est constituée en « avancement d'hoirie », « avec imputation » sur la succession du prémourant, les époux sont provisoirement tenus chacun pour moitié ... 148
148. — Au décès du prémourant, le survivant devient-il étranger à la constitution dotale? Controverse et adoption de l'affirmative..... .. ..... 149
149. — Si la dot a été payée par le survivant, il a une action en répétition contre la succession du prédécédé, mais non contre l'enfant doté ..... ..... .. ..... 152
150. — B. — *Dot constituée par le père seul.* — La déclaration du père, même faite en présence de la mère, n'engage pas celle-ci ..... ..... 152
151. — Effets de la constitution de dot par le père seul, si les époux sont mariés sous le régime de la communauté. 153
152. — C. — *Dot constituée par la mère seule.* — Cette constitution n'oblige que la mère, même si les époux sont mariés sous le régime de la communauté..... 154
153. — D. — *Dot constituée par le survivant des père et mère.* — Effets de cette constitution de dot, si le survivant a spécifié la part pour laquelle il s'oblige.. ..... 155
154. — Ses effets, si le constituant n'a pas indiqué la part pour laquelle il s'oblige..... 156

Digitized by Google

155. — E. — *Dot constituée par un étranger.* — Ressemblance entre la constitution de dot faite par un étranger et celle faite par les père et mère ..... 156
156. — Différences avec la constitution de dot faite par les père et mère, lorsque le donateur est marié sous le régime de la communauté. *Quid* de la constitution de dot faite par l'aïeul? ..... 157
157. — Malgré la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, l'étendue de la dot peut être augmentée par de nouvelles libéralités pendant le mariage..... 157
158. — D'un autre côté, la dot peut être diminuée par l'effet de l'obligation alimentaire..... 158
159. — La rente constituée en dot continuera d'être due à la dissolution du mariage, si l'époux doté survit, ou s'il est mort laissant des enfants.... ..... 158
160. — En principe, et à moins de clauses ou de circonstances particulières, les rentes dotales sont perpétuelles, en ce sens qu'elles sont soumises à l'usufruit contractuel du conjoint survivant..... 159

## § II. — *De la garantie de la dot.*

161. — De la garantie de la dot. Motifs pour lesquels elle a été instituée..... ..... 161
162. — La garantie est due par tout constituant, même par la femme..... ..... 162
163. — La garantie est due à l'époux doté, et si la dot est constituée au profit de la femme, la garantie est due aussi au mari..... 162
164. — Par qui la garantie peut être demandée..... .. 163
165. — Etendue de la garantie..... 163

## § III. — *Des intérêts de la dot.*

166. — Motifs qui ont déterminé le législateur à faire courir de plein droit les intérêts de la dot.. ..... 164
167. — Le constituant doit-il les intérêts de la dot, si elle ne consiste pas en un capital ? Controverse, et adoption de la théorie qui n'accorde alors que les fruits de la dot, si elle est frugifère ..... 165
168. — Application de cette théorie à la constitution en dot d'une créance... ..... 167

Digitized by Google

169. — Les intérêts sont dus de plein droit, même si la constitution de dot émane de la femme..... 167
170. — Ils se compensent avec les dépenses que le constituant a pu faire, en gardant les époux chez lui..... 168
171. — Des stipulations contraires, quant au point de départ des intérêts..... 168
172. — Les intérêts se prescrivent par cinq ans..... 169

§ IV. — *Du rapport de la dot.*

173. — Motifs de l'obligation du rapport. Diverses hypothèses à distinguer pour savoir à quelle succession il est dû. 169
174. — Si la dot est constituée par les père et mère, le rapport se fait par moitié aux deux successions, la dot fût-elle fournie par un seul..... 170
175. — Il en est de même si la dot est fournie en effets de communauté..... 171
176. — Si le contrat de mariage porte que la dot sera rapportable à la succession du prémourant, ou imputable sur cette succession, l'enfant doté est obligé de faire le rapport intégral à cette succession..... 171
177. — Du rapport au cas où la dot est constituée par le père seul..... 172
178. — Du rapport au cas où la dot est constituée par la mère seule..... 173
179. — Du rapport au cas où elle est constituée par le survivant des père et mère..... 173
180. — En quelle nature de biens le rapport doit être effectué..... 174
181. — Du rapport de la dot constituée au profit d'un incapable..... 174
182. — Du rapport de la dot au cas d'insolvabilité du mari au moment du mariage..... 174
183. — Les dispositions de l'article 1573 doivent-elles être étendues à d'autres régimes qu'au régime dotal ? Controverse, et adoption du système qui restreint ce texte au régime dotal..... 175
184. — L'article 1573 s'applique-t-il seulement à la dot constituée en argent ? Controverse, et adoption de l'opinion qui applique ce texte à la dot constituée en meubles autres que l'argent, et en immeubles..... 177
185. — L'article 1573 s'applique à la dot constituée par tout ascendant, mais non par un parent collatéral..... 178

Digitized by Google

186. — Dans quels cas on pourra dire que le mari avait un art ou une profession déterminée au moment du mariage. 178

## CHAPITRE III

### DE LA FORME, DE LA PUBLICITÉ ET DU PAIEMENT DES FRAIS DU CONTRAT DE MARIAGE.

187. – Division du chapitre..... 180

### § I. — *De la forme du contrat de mariage.*

188. — Origine et motifs de la règle de la solennité des contrats de mariage..... 180
189. — La règle de la solennité s'applique à toutes les clauses relatives aux conventions matrimoniales, mais non à celles qui y sont étrangères..... 182
190. — Le contrat de mariage sous seing privé, déposé chez un notaire, est-il valable ? Distinction..... 183
191. — Le contrat de mariage doit être rédigé en minute : mais une fois rédigé ainsi il est valable, même si le notaire se dessaisit de la minute ..... 184
192. — Le contrat de mariage est soumis aux règles ordinaires des actes notariés..... ..... 184
193. — La présence réelle du notaire en second et des témoins n'est point exigée, même si le contrat renferme des donations .. . ..... ..... 185
194. — Capacité des témoins instrumentaires. Le contrat de mariage rédigé en langue étrangère n'est point nul... 187
195. — Les contrats de mariage des Français à l'étranger sont-ils régis par la règle *locus regit actum* ? Renvoi... 187
196. — Le contrat de mariage régulier en la forme constitue un titre exécutoire.. ..... ..... 188
197. — Le contrat de mariage irrégulier en la forme est nul d'une nullité absolue..... ..... 188
198. — La célébration du mariage n'en couvre pas la nullité. Adoption du système qui n'admet pas la ratification, même après la dissolution du mariage..... 189

### § II. — *De la publicité du contrat de mariage.*

199. — Système du code civil, et modifications heureuses de la loi du 10 juillet 1850..... 190

Digitized by Google

200. — Conséquences restreintes de l'inobservation de la loi du 10 juillet 1850 ..... 192
201. — La femme sera valablement obligée sur ses biens dotaux, mais les époux ne seront pas réputés mariés sous le régime de la communauté, et les dispositions du contrat relatives aux apports et aux donations seront respectées. 192
202. — La loi du 10 juillet 1850 ne s'applique pas aux contre-lettres ..... 194
203. — Elle s'applique aux commerçants comme aux non-commerçants ..... 195
204. — Publicité spéciale du contrat de mariage des commerçants ..... 195
205. — En quoi consiste cette publicité ..... 196
206. — Obligations imposées au notaire et sanction de ces obligations ..... 197
207. — Dans quels cas il y a lieu à la publicité imposée par le code de commerce ..... 198
208. — Publicité exigée par l'article 69, dans le cas où l'un des époux deviendrait commerçant pendant le mariage. Cette publicité doit être restreinte au cas du régime de la séparation de biens ou du régime dotal ..... 199
209. — Conséquences de l'inobservation de l'article 69 ..... 200

§ III. — *Du paiement des frais du contrat de mariage.*

210. — Exposé des divers systèmes sur le paiement des frais du contrat de mariage. Adoption du système qui distingue entre le droit de poursuite des créanciers et la contribution des époux ..... 201
211. — Au point de vue du droit de poursuite, les créanciers auront contre les deux époux les droits de tout créancier pour dette antérieure au mariage ..... 202
212. — Quant à la contribution, il faut distinguer entre les droits de mutation des donations, dus par l'époux donataire, et les autres frais, dus par moitié par chacun des conjoints ..... 203
213. — Fixation des honoraires dus aux notaires à raison des contrats de mariage ..... 203

## CHAPITRE IV

### DE L'ÉPOQUE A LAQUELLE LES CONVENTIONS MATRIMONIALES PEUVENT ÊTRE FAITES OU MODIFIÉES, ET DE LEUR CADUCITÉ.

214. — Division du chapitre ..... 205

Digitized by Google

## SECTION I

*De l'époque à laquelle les conventions matrimoniales peuvent être faites ou modifiées, et de leur caducité.*

215. — Origine et motifs de la règle de l'article 1395, qui exige que les conventions matrimoniales soient rédigées avant le mariage..... 206
216. — Les conventions matrimoniales rédigées après le mariage sont nulles d'une nullité absolue..... 208
217. — Après la dissolution du mariage, cette nullité peut-elle être ratifiée ? controverse et adoption de la négative. 208
218. — Si le contrat de mariage a été fait le même jour que le mariage, les intéressés pourront prouver, sans avoir besoin de recourir à l'inscription de faux, que le contrat est postérieur au mariage ..... 209
219. — Conventions contenues dans le contrat de mariage rédigé après le mariage qui subsistent, malgré la nullité du contrat..... 210
220. — La règle de l'article 1394 s'applique-t-elle aux contrats de mariage faits à l'étranger ? Renvoi..... 211

## SECTION II

*De la défense de modifier les conventions matrimoniales pendant le mariage.*

221. — Motifs de la prohibition, contenue dans l'article 1395, de modifier les conventions matrimoniales pendant le mariage ..... 212
222. — Nullité de toute modification apportée pendant le mariage, quel qu'en soit le but..... 212
223. — Ces modifications sont nulles, même si les époux s'étaient réservé par contrat de mariage la faculté de les faire..... 213
224. — Les modifications qui seraient apportées au régime de la communauté légale, sous laquelle les époux sont mariés à défaut de contrat, sont nulles..... 214
225. — Ce n'est pas modifier les conventions matrimoniales, de la part du mari, que de révoquer l'autorisation donnée à la femme de faire le commerce..... 215
226. — Division du sujet ..... 215

Digitized by Google

§ I. — *Actes prohibés comme apportant un changement aux conventions matrimoniales.*

227. — Division du paragraphe..... 216
228. — A. — *Actes changeant le régime adopté.* — Les époux ne peuvent substituer un régime à l'autre ..... 216
229. — Les époux peuvent-ils, pendant le mariage, contracter une société de biens particulière ou universelle ? Controverse et adoption de la négative..... 216
230. — Les époux ne peuvent déroger, même d'une manière spéciale, au régime adopté..... 218
231. — La femme commune en biens, qui échange un de ses propres, peut-elle stipuler que l'immeuble acquis en échange entrera en communauté ? Controverse et adoption de l'affirmative..... 218
232. — La femme commune en biens ne peut renoncer au bénéfice de la clause portant que les acquéreurs seront responsables du défaut de remploi..... ..... 220
233. — Application de la règle qu'on ne peut modifier les conventions matrimoniales relatives à l'étendue de la dot, sous le régime dotal..... 220
234. — B. — *Renonciation par l'un des conjoints aux avantages que son conjoint lui a faits.* — Toute renonciation de ce genre est nulle.. ..... 221
235 — Si les conventions, extinctives du droit de l'époux, sont défendues, il peut toutefois transférer à un tiers le bénéfice de la donation qui lui a été faite..... 221
236. — C. — *Renonciation, par les époux ou par l'un d'eux, aux avantages qui leur ont été faits par des tiers.* — Ces renonciations sont nulles, même si la donation faite par le tiers n'était pas apparente ..... ..... 222
237. — Application de cette règle..... ..... 223
238. — Les renonciations faites au profit d'un tiers par l'époux donataire sont valables..... 223

§ II. — *Actes permis comme ne dérogeant pas aux conventions matrimoniales.*

239. — Division du paragraphe..... 224
240. — *a.* — *Les époux peuvent recevoir des donations nouvelles.* — Une donation nouvelle n'est pas un changement aux conventions matrimoniales ..... 224

Digitized by Google

241. — Les biens nouvellement donnés ne sont pas nécessairement soumis au régime adopté par les époux. Applications ..... 225
242. — *b. — La dot peut être payée autrement que de la manière prévue au contrat.* — Applications de ce principe ..... 226
243. — Restrictions proposées à ce principe, et rejet de ces restrictions ..... 227
244. — *c. — Les époux peuvent disposer de la dot.* — Etendue et applications de ce droit ..... 228
245. — *d. — Les époux peuvent faire des conventions interprétatives du contrat de mariage.* — Il faut que ces conventions soient réellement interprétatives ..... 229
246. — *e. — La constitution de dot peut être annulée, ou le chiffre de la dot diminué.* — Annulation pour fraude aux droits des créanciers ..... 230
247. — Nullité pour cause de simulation ..... 230
248. — Diminution de la dot par suite de l'obligation alimentaire existant vis-à-vis du constituant ..... 231

## SECTION III

*Des changements qui peuvent être apportés aux conventions matrimoniales, dans l'intervalle de la rédaction du contrat de mariage au mariage.*

249. — Origine coutumière des articles 1396 et 1397 ..... 232
250. — Portée de ces textes et leurs motifs ..... 233
251. — Division de la section ..... 234

### § I. — *A quelles conventions s'appliquent les articles 1396 et 1397.*

252. — On appelle *contre-lettres* les changements apportés au contrat de mariage avant la célébration du mariage... 234
253. — Tout changement qui porte atteinte aux conventions matrimoniales est une contre-lettre ..... 235
254. — Les donations nouvelles et les conventions interprétatives du contrat primitif ne sont pas des contre-lettres... 236
255. — Une renonciation à la dot promise est une contre-lettre ..... 237
255. I. — Il en est de même de l'acte par lequel la femme, qui s'est constitué en dot un immeuble, reconnaît qu'elle n'a droit qu'à une somme déterminée à prendre sur cet immeuble ..... 237

Digitized by Google

256. — La vente ou la donation que l'un des futurs époux ferait à l'autre est une contre-lettre..... 238
257. — Controverse quant aux donations faites peu de temps avant le contrat de mariage, et adoption du système qui n'y voit pas des contre-lettres..... ..... 239

§ II. — *Conditions requises pour que les contre-lettres soient valables entre les parties.*

258. — Deux conditions sont exigées par l'article 1396..... 240
259. — Première condition, relative à la forme de la contre-lettre ; ses motifs..... ... 240
260. — Deuxième condition : présence et consentement simultané des parties..... ... ..... ..... 241
261. — Personnes qui sont certainement parties au contrat, dans le sens du Code..... ..... 241
262. — Personnes qui ne sont certainement pas parties au contrat..... 242
263. — Controverse quant aux personnes qui devaient consentir au mariage, mais dont l'assistance était inutile au contrat, et adoption de l'opinion qui ne les considère pas comme parties..... 242
264. — Si l'ascendant est décédé, ou s'adresse à l'ascendant du degré subséquent ; mais si l'ascendant refuse de consentir à la contre-lettre, il est impossible d'y procéder... 244
265. — Si le donateur est décédé ou refuse, la contre-lettre est valable, mais la donation contenue au contrat primitif est nulle..... ..... .. 244
266. — Il ne suffit pas que les parties soient appelées à la contre-lettre, il faut qu'elles y assistent réellement..... 245
267. — Il faut que le consentement des parties soit simultané, même s'il n'y a pas d'autres parties que les futurs époux..... ..... 246
268. — Les parties peuvent-elles se faire représenter à la contre-lettre par un mandataire ? Controverse et adoption de l'affirmative..... 246
269. — Il n'y a pas nullité, si l'acte ne constate pas la présence et le consentement des parties..... 247

§ III. — *Conditions exigées pour que les contre-lettres soient opposables aux tiers.*

270. — Deux conditions sont exigées, l'une pour l'opposabilité de la contre-lettre, l'autre sous la responsabilité du notaire.. ..... 248

Digitized by Google

271. — Que faut-il entendre par « tiers », en matière de contre-lettre ? Controverse..... ..... ..... 248

§ IV. — *Quel est le sort des contre-lettres faites sans observer les formalités des articles 1396 et 1397.*

272. — Les contre-lettres faites en la forme sous seing privé sont nulles d'une nullité absolue, qui ne peut être ratifiée même après le mariage..... ..... 250
273. — Le caractère de la nullité est le même, si la contre-lettre a été faite sans l'assistance des personnes qui devaient consentir au contrat de mariage..... ..... 252
274. — Effets de la contre-lettre qui n'a pas été rédigée à la suite du contrat, et de celle que le notaire n'a pas expédiée avec le contrat..... ..... ..... 252
275. — Etendue de la responsabilité du notaire..... 253

## SECTION IV

*De la caducité des contrats de mariage.*

276. — Le contrat de mariage ne sera valable que s'il y a ensuite mariage..... 255
277. — Le contrat de mariage n'est dépourvu d'effet que si la volonté des futurs époux d'abandonner leur projet de mariage est certaine. Droit des tiers donateurs..... 256
278. — Le contrat de mariage devient nul, si le mariage est annulé..... 256
279. — Si les époux dont le mariage est annulé ont vécu en communauté, leurs intérêts seront liquidés d'après les principes des sociétés de fait..... ..... 257

## CHAPITRE V

DU CONSENTEMENT ET DE LA CAPACITÉ DES PARTIES.

280. — Division du chapitre..... ..... 258

## SECTION I

*Du consentement dans le contrat de mariage.*

281. — Il faut que les époux soient présents, ou représentés par un mandataire en vertu de procuration authentique. 259

Digitized by Google

282. — Le contrat de mariage dans lequel on s'est porté fort de l'un des futurs époux absent est nul..... 260
283. — La nullité du contrat de mariage, auquel l'un des futurs époux n'a pas figuré, est absolue : énumération des conséquences qui en découlent..... 261
284. — Cette nullité peut être proposée par toute personne intéressée..... 262
285. — Les époux sont réputés mariés sous le régime de la communauté légale..... 263
286. — La nullité du contrat de mariage entraîne la nullité de toutes les conventions qui y sont contenues, notamment des donations de biens à venir et des gains de survie.... 263
287. — En sera-t-il de même des donations de biens présents, qui ne seraient pas régulières comme donations ? Controverse et adoption de l'affirmative..... 264
288. — Cas dans lesquels la donation de biens présents pourrait être valable..... 264
289. — Le contrat de mariage peut-il être ratifié avant le mariage ou par le fait du mariage ? Controverse et adoption de la négative..... 265
290. — Il ne peut être ratifié pendant le mariage..... 267
291. — Peut-il être ratifié après le mariage ? Controverse et adoption de la négative..... 268
292. — Les vices du consentement, notamment le dol, peuvent-ils être une cause de nullité du contrat de mariage ? Controverse et exposé de l'affirmative..... 271
293. — Exposé et adoption de la négative..... 272
294. — L'action en nullité du contrat de mariage ne se prescrit pas entre les époux, pendant le mariage..... 276

## SECTION II

*De la capacité des parties dans le contrat de mariage.*

295. — Le contrat de mariage est nul, par voie de conséquence, si le mariage est nul à raison de l'incapacité des parties..... 277
296. — Exposé et rejet de la théorie de l'indivisibilité du contrat de mariage et du mariage..... 277
297. — Exposé de la théorie d'après laquelle la capacité, nécessaire pour faire le contrat de mariage, serait la même que celle nécessaire pour le mariage. Divergence entre les auteurs qui la défendent, quant aux conséquences qui en découlent..... 279

Digitized by Google

298. — Exposé et adoption de la théorie qui exige la capacité contractuelle nécessaire pour le genre de conventions contenues au contrat de mariage, sauf l'application de l'article 1398 pour le mineur..... 281
299. — Enumération des diverses classes d'incapables..... 283

§ I. — *Du contrat de mariage du mineur.*

300. — Dérogations apportées par l'article 1398 au droit commun de la minorité, et motifs de ces dérogations..... 283
301. — Observations critiques à propos de ces dérogations 284
302. — L'article 1398 ne s'applique qu'au mineur habile à contracter mariage ; effet des dispenses accordées au mineur..... 286
302. I. — Du contrat de mariage de l'homme âgé de plus de vingt et un ans, et de moins de vingt-cinq..... 287
303. — Division du paragraphe..... 289
304. — A. — *Quelles conventions sont autorisées par l'article* 1398. — Règle et exception apportées par l'article 2140, à propos de la restriction à l'hypothèque légale de la femme mineur..... 289
305. — L'article 1398 ne s'applique pas aux clauses étrangères aux conventions matrimoniales..... 290
306. — La femme mineure peut, en adoptant le régime dotal, stipuler que ses immeubles dotaux seront aliénables, et conférer au mari le droit de les aliéner sans formalités de justice..... 291
307. — L'article 1398 s'applique à toute convention relative au mariage, par exemple à une donation partage contenue dans le contrat..... 293
308. — B. — *Quelles personnes doivent assister le mineur et en quelle forme.* — Indication des personnes qui doivent assister le mineur..... 293
309. — L'ascendant peut-il assister le mineur au cas d'opposition d'intérêts ? Exposé de la négative..... 294
310. — Exposé et adoption de l'affirmative..... 294
311. — Par qui doit être nommé le tuteur qui assistera l'enfant naturel ? Controverse..... 296
312. — Au cas d'autorisation par le conseil de famille, la délibération de ce conseil ne peut être déférée au tribunal par la minorité..... 296
313. — Formes du consentement. Opinion qui soutient que les personnes qui doivent consentir ne peuvent être représentées par des mandataires..... 297

Digitized by Google

314. — Adoption du système qui admet la représentation par un mandat spécial et authentique..... 297
315. — Tout pouvoir général et illimité serait nul, et le notaire qui aurait reçu le contrat pourrait être responsable ..... 299
316. — C. — *Quels sont les effets de la nullité du contrat de mariage du mineur.* — Adoption de la théorie de la nullité absolue..... 300
317. — Objections faites à cette théorie et réfutation..... 302
318. — La nullité ne peut être ratifiée ni par le silence prolongé du mineur, ni par le consentement ultérieur du conseil de famille, et elle existe indépendamment de toute lésion ..... 303
319. — La nullité du contrat entraine celle de toutes les conventions de mariage, mais non de celles qui ont une existence propre, indépendante du contrat qui les contient ..... 304
320. — Le contrat de mariage étant annulé, les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale..... 304

§ II. — *Du contrat de mariage de la personne pourvue d'un conseil judiciaire.*

321. — Du régime que peut adopter la personne pourvue d'un conseil judiciaire. Si elle n'a pas fait de contrat, elle est mariée sous le régime de la communauté légale . 306

§ III. — *Du contrat de mariage de la personne atteinte de démence, interdite ou non interdite.*

322. — Du contrat de mariage de l'interdit judiciaire, dans l'opinion qui admet la validité du mariage de l'interdit.. 308
323. — Du contrat de mariage de l'interdit légalement .. . 309
324. — Du contrat de mariage de l'aliéné non interdit..... 309
325. — Du contrat de mariage du sourd-muet..... 310

## CHAPITRE VI

### DE LA FORCE PROBANTE, DES EFFETS ET DE L'INTERPRÉTATION DU CONTRAT DE MARIAGE.

326. — Les conventions contenues dans le contrat de mariage nuisent et profitent aux tiers..... 311

Digitized by Google

327. — Applications de ce principe ..... 312
328. — Si le contrat de mariage est attaqué pour cause de simulation, l'inscription de faux n'est pas nécessaire au demandeur en nullité ..... 313
329. — A partir de quel moment les conventions matrimoniales produisent-elles effet ? Exposé de l'opinion qui leur attribue un effet rétroactif au jour du contrat ..... 313
330. — Exposé et adoption de la théorie qui n'admet pas que les conventions matrimoniales rétroagissent au jour du contrat ..... 315
331. — Règle d'interprétation des conventions matrimoniales ..... 318
332. — Attributions des cours d'appel et de la Cour de Cassation dans cette matière ..... 319

## CHAPITRE VII

### DU RÉGIME MATRIMONIAL DU FRANÇAIS QUI SE MARIE A L'ÉTRANGER, OU DE L'ÉTRANGER QUI SE MARIE EN FRANCE, ET DE LA NON-RÉTROACTIVITÉ DES LOIS RELATIVES AU CONTRAT DE MARIAGE.

333. — La règle *locus regit actum* s'applique-t-elle au contrat de mariage, de manière à en permettre la rédaction à l'étranger par acte sous signatures privées ? Exposé de la négative ..... 320
334. — Exposé et adoption de l'affirmative ..... 321
335. — Conséquences qui découlent de cette solution ..... 322
336. — Si les époux ne font pas de contrat et qu'ils habitent le même pays, ils sont réputés mariés sous le régime matrimonial prévu par la loi de ce pays ..... 322
337. — Si les époux habitent deux pays différents, ils sont réputés mariés d'après la loi du lieu de leur domicile matrimonial ..... 323
338. — Les solutions doivent être les mêmes pour les étrangers qui se marient en France ..... 324
339. — Les conventions matrimoniales ne peuvent se modifier après le mariage ni par le changement de domicile des époux, ni par la naturalisation du mari à l'étranger.. 325
340. — Le contrat de mariage est régi par la loi de l'époque à laquelle il a été fait ..... 325

Digitized by Google

## DEUXIÈME PARTIE

### De la communauté légale.

341. — Définition de la communauté légale..... 327
342. — Principales différences qui existent entre la communauté et les sociétés ordinaires..... 327
343. — Définition des termes employés dans la matière de la communauté..... 328
344. — La communauté légale a pour base la volonté présumée des futurs époux..... 329
345. — La communauté forme-t-elle un être moral ? Controverse et adoption de la négative..... 329
346. — La communauté légale régit les Français qui se sont mariés en France sans contrat, et parfois les Français qui se sont mariés à l'étranger, et les étrangers qui se sont mariés en France. Renvoi..... 332
347. — La communauté légale régit les mariages valables et les mariages putatifs..... 332
348. — La communauté commence le jour même du mariage..... 332
349. — Division du sujet..... 333

## CHAPITRE PREMIER

### DE L'ACTIF DE LA COMMUNAUTÉ.

350. — Éléments principaux que comprend l'actif de la communauté..... 334
351. — Idées qui avaient présidé à la composition de l'actif de la communauté sous notre ancien droit..... 334
352. — Inconséquences que produit, sous l'empire du code civil, l'adoption des règles de l'ancien droit sur la composition de la communauté..... 335
353. — Différence existant entre les propres de communauté et les propres de succession, dans notre ancien droit.... 336
354. — Les mots *acquêts* et *conquêts*, qui avaient un sens différent dans l'ancien droit, sont aujourd'hui synonymes..... 336
355. — Division du chapitre..... 337

Digitized by Google

## SECTION I

### *De l'actif mobilier de la communauté.*

356. — Idée générale de l'actif mobilier de la communauté, et rédaction incorrecte de l'article 1401..... 338
357. — Division de la section..... .. ..... 339

### § I. — *Des meubles qui entrent en communauté.*

358. — Tout le mobilier présent et futur, dans le sens le plus large du mot mobilier, entre en communauté ..... 339
359. — Le mobilier futur y entre, quelle que soit son origine, succession, donation ou legs..... 339
360. — Dans quels cas le mobilier payé en vertu d'une obligation alternative ou facultative entre en communauté..... ..... ..... ..... 340
361. — Que décider pour l'obligation de faire, si elle a un objet immobilier ? Controverse, et adoption de la théorie qui attribue toujours à la communauté l'objet de l'obligation..... ..... 340
362. — En principe, l'usage, personnel à l'un des époux, de certains objets mobiliers, ne les empêche pas d'entrer en communauté. Exceptions à ce principe. Renvoi..... 342
363. — Le mobilier entre en communauté, l'origine en fût-elle personnelle à l'un des époux : exemples..... 342
364. — La moitié du trésor attribuée à l'époux *jure inventionis*, et les gains faits à la loterie, ou au moyen de jeux et de paris, entrent en communauté ..... 343
365. — Les objets mobiliers entrent en communauté, même lorsqu'ils sont achetés avec les deniers personnels à l'un des époux..... ..... 343
366. — L'usufruit mobilier entre en communauté, mais, si l'usufruit est immobilier, la communauté profite seulement des arrérages ..... 343
367. — Le droit au bail entre en communauté, mais le droit du preneur emphythéotique n'y entre pas..... 344
368. — Le droit, dont la nature est mobilière au moment où il se réalise, entre en communauté, son origine fût-elle immobilière : application au prix d'un immeuble aliéné avant le mariage..... 344



Digitized by Google

369. — Le prix, remboursé pendant la commnauuté à l'époux acquéreur d'un immeuble sous faculté de rachat, entre en communauté..... 345
370. — L'action en reprises, appartenaut à l'un des époux dans une communauté antérieure, entre en communauté. Renvoi..... 346
371. — L'action ou l'intérêt dans une société commerciale ne font pas partie de l'actif la communauté, si la société était dissoute et en liquidation au moment de la célébration du mariage et que l'émolument soit immobilier,.... 346
372. — La part de l'époux dans une société civile entre-t-elle en communauté ? Controverse..... 347
373. — Que décider de la part de l'époux dans une société qui renferme des meubles et des immeubles ? Controverse. Adoption du système qui fait entrer dans la communauté tout le mobilier recueilli par l'époux, au cas de partage en nature et sans soulte..... ..... 348
374. — Au contraire, dans le système adopté, les prix de licitation d'immeubles et les soultes immobilières restent propres à l'époux cohéritier ..... ... 350
375. — Les rentes viagères ou perpétuelles apportées en mariage, ou créées pendant le mariage sur la tête de l'un des époux, ou sur les deux têtes, mais sans réversibilité, entrent en communauté..... ..... 351
376. — En sera-t-il de même s'il y a une clause de réversibilité au profit du survivant des époux ? Controverse. Exposé et réfutation du système qui voit dans la clause de réversibilité une double donation éventuelle..... 353
377. — Exposé des autres systèmes, et adoption de l'opinion d'après laquelle la clause de réversibilité est valable, mais l'époux survivant n'en peut profiter qu'à charge de récompense à la communauté..... 354
378. — Le bénéfice des assurances sur la vie, contractées par l'un des époux, tombe-t-il en communauté ? Distinction adoptée, suivant que l'assurance est ou non payable à un tiers désigné dans la police..... 357
379. — L'office ministériel, dont l'époux était titulaire au moment du mariage, entre-t-il en communauté ? Controverse et adoption de l'affirmative. Droit spécial qui appartient au mari sur l'office ministériel, si la communauté se dissout par la mort de la femme..... 358
380. — L'achalandage ou la clientèle d'un fonds de commerce et d'industrie entrent en communauté... ..... 360

Digitized by Google

381. — Les bénéfices résultant d'opérations industrielles ou commerciales de toute nature entrent en communauté... 361
382. — La propriété littéraire, artistique ou industrielle entre-t-elle en communauté ? Controverse et adoption de l'affirmative ..... 361
383. — Les manuscrits non encore édités n'y entreraient pas. 364

§ II. — *Des meubles propres.*

384. — Effets qui s'attachent à la qualité de propres de certains meubles ..... 365
385. — Droits de la communauté sur les meubles qui se consomment par le premier usage, ou qui sont par leur nature destinés à être vendus..... 365
386. — Diverses catégories de meubles qui restent propres. 366
387. — A. — *Meubles propres à raison de leur nature ou ou de leur destination.* — Souvenirs de famille, portraits, armes, décorations..... 366
388. — Objets à l'usage personnel de l'un des époux : dans quelle mesure ils sont propres..... 366
389. — Traitements, pensions, dotations ou retraites déclarés par la loi incessibles ou insaisissables ..... 368
390. — *Quid* des pensions alimentaires ? Distinction..... 368
391. — La somme à laquelle le mari a fait condamner le complice de l'adultère de sa femme n'entre pas en communauté. 370
392. — B. — *Meubles qui proviennent d'un propre sans être des fruits.* — Motifs pour lesquels ces meubles sont exclus de la communauté..... 372
393. — Application de ce principe aux bois non mis en coupe réglée, et aux mines et carrières non ouvertes avant le mariage..... 373
394. — Que décider quant à la moitié du trésor attribuée à l'époux comme propriétaire du sol où le trésor est découvert ? Controverse et adoption de la théorie qui y voit un propre..... 373
395. — C. — *Meubles substitués à des biens propres.* — Motifs qui doivent faire déclarer propres ces meubles. .. 375
396. — Application de ce principe aux soultes immobilières et aux prix de licitation d'immeubles. Renvoi..... 375
397. — Le supplément de juste prix payé à l'un des époux qui avait vendu un immeuble sera propre ..... 376
398. — A l'inverse, si un vendeur fait rescinder pour lésion la vente consentie à l'un des époux, le prix qu'il restitue entrera en communauté..... 376

Digitized by Google

399. — L'indemnité due par une compagnie d'assurance, pour sinistre arrivé à un propre, sera propre elle-même.. 377
400. — D. — *Meubles donnés ou légués sous la condition de ne pas entrer en communauté.* — Motif pour lequel ces meubles sont propres..... 377
401. — La volonté du donateur ou testateur doit-elle être énoncée en termes exprès? Controverse et adoption de la négative ..... 378
402. — Un tiers peut aussi donner ou léguer des biens à la femme, sous la condition qu'elle en touchera seule les revenus, sur ses simples quittances et sans l'autorisation de son mari ..... 379
403. — Les meubles dont l'époux est héritier réservataire peuvent-ils lui être donnés ou légués sous la condition qu'ils seront exclus de la communauté? Controverse et adoption de la négative ..... 380

§ III. — *Comment se prouve la nature de propres ou d'acquêts des meubles.*

404. — La présomption est que les meubles sont acquêts. 382
405. — La preuve que les meubles sont propres est soumise aux règles de droit commun sur la preuve.. ..... .. 383

## SECTION II

*Des fruits et des biens propres des époux.*

406. — Attributions des fruits et revenus à la communauté, et motifs de cette attribution..... 384
407. — La communauté profite des fruits et des produits extraordinaires recueillis avant le mariage..... 385
408. — Dans quels cas les mines et carrières sont réputées ouvertes avant le mariage..... 386
409. — La loi du 21 avril 1810 a-t-elle modifié la règle de l'article 1403 relativement aux mines? Controverse et adoption de la négative.. ..... 387
410. — Droits de la communauté sur les bois non mis en coupe réglée avant le mariage..... ..... 388
411. — La communauté acquiert les fruits comme un usufruitier, à l'échéance ou par la perception. Supériorité de la règle adoptée par le régime dotal ..... 389
412. — Différence entre la communauté et un usufruitier ordinaire, à cause du principe que la communauté ne peut s'enrichir aux dépens des époux et réciproquement..... 390

Digitized by Google

413. — Le retard apporté dans les moissons et vendanges peut donner lieu à récompense..... 391
414. — Indemnité due à la communauté pour labours et ensemencements..... 392
415. — Indemnité due pour améliorations aux immeubles propres des époux..... 393
416. — La communauté ne doit ni faire inventaire, ni fournir caution..... 393
417. - La communauté a droit aux fruits et revenus qui appartiennent à l'un des époux, à quelque titre que ce soit, comme usufruitier, crédirentier, possesseur de bonne foi, etc..... Conséquences..... 394
418. — Exception, si des biens sont donnés ou légués sous la condition que le revenu en restera propre à l'époux... 394

## SECTION III

*De l'actif immobilier de la communauté.*

419. — Division de la section..... 395

§ I. — *Des immeubles qui entrent en communauté.*

420. — Diverses catégories d'immeubles qui entrent en communauté..... 395
421. — A. — *Immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage.* — Tous les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage sont communs..... 396
422. — L'immeuble donné en paiement d'une créance propre est-il propre ou acquêt ? Controverse et adoption de la théorie qui y voit un acquêt..... 396
423. — L'immeuble cédé par un tiers, au prix de charges qui font de la cession un acte à titre onéreux, est un conquêt..... 397
424. — L'usufruit d'immeubles dont l'un des époux est nu-propriétaire est-il propre ou acquêt ? Controverse, et adoption de la théorie qui le considère comme un acquêt. 397
425. — B. — *Immeubles acquis à titre onéreux depuis le contrat de mariage et avant le mariage.* — Origine et motifs de la disposition qui déclare acquêts les immeubles achetés dans l'intervalle du contrat de mariage au mariage. 399
426. — Cette disposition de l'article 1406 est exceptionnelle et doit être entendue restrictivement. Applications..... 400
427. — L'immeuble est acquêt, quelque long que soit l'intervalle entre le contrat de mariage et le mariage..... 401

Digitized by Google

428. — L'immeuble serait propre, si l'acquisition était faite en exécution d'une des clauses du contrat de mariage.... 401
429. — Le prix d'immeubles aliénés dans le même intervalle entre-t-il en communauté? Controverse et adoption de l'opinion qui exclut ce prix de la communauté..... 402
430. — C. — *Immeubles donnés ou légués sous la condition qu'ils entreront en communauté.* — En principe, dans le système du Code, les immeubles donnés ou légués restent propres.. ..... 403
431. — Exception dans le cas de volonté contraire du disposant. Comment elle doit être exprimée..... 404
432. — L'immeuble donné ou légué aux deux époux est-il propre ou conquêt? Controverse et adoption de l'opinion qui le déclare propre aux deux époux.... ..... 404
433. — On reconnait unanimement que l'immeuble serait propre aux deux époux, si telle était la pensée du disposant..... 406

§ II. — *Des immeubles propres.*

434. — Diverses catégories d'immeubles propres..... 407
435. — A. — *Immeubles dont l'un des époux avait la propriété ou la possession antérieure au mariage.* — Tous les immeubles dont l'un des époux avait la propriété ou la possession antérieure au mariage lui restent propres. Il suffit qu'il en ait la propriété, n'en eût-il pas la possession. 407
436. — L'immeuble est propre, du moment où le germe de la propriété de l'époux est antérieur au mariage, le droit ne fût-il devenu définitif que pendant le mariage. Exemples. 408
437. — L'immeuble qui rentre dans le patrimoine de l'époux par l'effet de la résolution faute de paiement doit être propre.. ..... ..... 409
438. — L'immeuble acheté en vertu d'un titre annulable, qui est confirmé pendant le mariage, est propre..... 410
439. — Il en sera de même de l'immeuble dont la propriété est reconnue par une transaction ..... ..... .. 411
440. — Distinction à faire, si l'immeuble a été acheté *a non domino*, et que le vrai propriétaire ratifie le contrat pendant le mariage..... 411
441. — Les immeubles donnés par contrat de mariage aux deux époux ou à l'un d'eux sont propres..... 412
442. — *Quid* si l'un des deux époux donataires est héritier présomptif du donateur? Controverse et adoption de l'opinion qui y voit un bien propre aux deux époux..... 412

Digitized by Google

443. — Ce qu'il faut entendre par la possession légale antérieure au mariage..... 413
444. — De la preuve de la possession légale. Renvoi..... 414
445. — Les accessoires immobiliers des immeubles propres demeurent aussi propres..... 415
446. — Applications de ce principe aux constructions et à l'alluvion..... 415
447. — Il ne faut pas considérer comme propre ce qui n'est pas uni réellement à l'héritage propre. Exemples..... 416
448. — B. — *Immeubles acquis pendant le mariage à titre gratuit.* — La règle relative à la qualité propre des immeubles acquis par succession est empruntée à l'ancien droit..... 417
449. — *Quid* si la succession est en partie mobilière, en partie immobilière ? Renvoi..... 417
450. — La part qui accroit à l'époux par suite de la renonciation de ses cohéritiers est propre..... 418
451. — Il en est de même des immeubles recueillis à titre de retour légal..... 418
452. — Les immeubles provenant de l'exercice du retrait successoral sont propres. Controverse..... 418
453. — Les immeubles provenant de donation ou de legs sont propres. Les donations déguisées doivent être assimilées aux donations apparentes..... 419
454. — L'immeuble provenant d'une donation avec charges est propre..... 420
455. — L'immeuble donné aux deux époux est propre. Renvoi. 421
456. — C. — *Immeubles acquis pendant le mariage par suite de cession faite par les père, mère, ou autre ascendant.* — Origine de cette règle dans l'ancien droit .. 421
457. — L'immeuble n'est pas un propre, si l'ascendant le vend à l'époux..... 422
458. — L'immeuble abandonné en paiement de la dot est propre..... 423
459. — L'immeuble cédé à un collatéral est un conquêt.... 423
460. — L'immeuble cédé par un ascendant est propre, même si l'époux n'est pas l'héritier présomptif du cédant..... 423
461. — L'immeuble cédé est propre, quel que soit le montant des charges qui grèvent la cession..... 424

FIN DE LA TABLE PAR ORDRE DE MATIÈRES.

Digitized by Google

# TABLE

## DES ARTICLES DU CODE CIVIL EXPLIQUÉS


| Art. du code. | Nos du traité. | Pages. |
|---|---|---|
| 1387. . . . . | 85-105 . . . . . | 85-105 |
| 1388. . . . . | 106-121, et 132. . . . | 106-123, et 134-136 |
| 1389. . . . . | 122-126 . . . . . | 124-127 |
| 1390. . . . . | 127-131 . . . . . | 129-133 |
| 1391. . . . . | 38, et 199-203. . . . . | 44-46, et 190-195 |
| 1392. . . . . | 85-90 . . . . . | 85-92 |
| 1393. . . . . | 38, et 346-347 . . . . . | 44-46, et 332 |
| 1394. . . . . | 188-203, et 215-220. . . | 180-195, et 206-211 |
| 1395. . . . . | 221-248 . . . . . | 212-231 |
| 1396. . . . . | 249-269, et 272-273. . . | 232-247, et 250-252 |
| 1397. . . . . | 270-271, et 274-275. . . . . | 248, et 252-253 |
| 1398. . . . . | 300-320 . . . . . | 283-304 |
| 1399. . . . . | 92-99, et 348. . . . . | 94-100, et 332 |
| 1400. . . . . | 341-347 . . . . . | 327-332 |
| 1401, 1° . . . . . | 356-383, et 404-405 . . | 338-364, et 382-383 |
| 1401, 2° . . . . . | 406-418 . . . . . | 384-394 |
| 1401, 3° . . . . . | 419-433 . . . . . | 395-406 |
| 1402. . . . . | 435-447 . . . . . | 407-416 |
| 1403. . . . . | 408-410 . . . . . | 386-388 |
| 1404, § 1. . . . . | 435-455 . . . . . | 407-421 |
| 1404, § 2. . . . . | 425-429 . . . . . | 399-402 |
| 1405. . . . . | 430-433, et 453-455 . . | 403-406, et 419-421 |
| 1406. . . . . | 456-461. . . . . | 421-424 |


FIN DE LA TABLE DES ARTICLES

CHAUMONT. — TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE CAVANIOL.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google